

DAS GEWOHNHEITSRECHT IM HEUTIGEN STRAFRECHT

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität

in Mainz

von

Hans-Albert Marx

aus

Wiesbaden

1969

1968

DAS GEWOHNHEITSRECHT

IM HEUTIGEN STRAFRECHT

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg - Universität

in Mainz

von

Hans-Albert Marx

aus

Wiesbaden

1969



Erster Berichterstatter :

Prof. Dr. jur. Peter Noll

Zweiter Berichterstatter :

Prof. Dr. jur. Dietrich Lang-Hinrichsen

Tag der mündlichen Prüfung : 13. Dezember 1968

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Einführung	1
1. Abschnitt : Zum Begriff des Gewohnheitsrechtes	1
1. Kapitel : Voraussetzungen	1
§ 1 Arbeitshypothese	1
§ 2 Die Theorien über das Gewohnheitsrecht	3
§ 3 Vorläufige Definition der hier vertretenen Theorie	6
2. Kapitel : Der Begriff des Gewohnheitsrechtes im Zivilrecht	10
A. Die Rechtsüberzeugung	10
§ 4 Der formale Begriff der opinio necessitatis	10
§ 5 Der materiale Begriff der opinio necessitatis	11
§ 6 Das Irrtumsproblem	15
§ 7 Die Träger des Rechtsgeltungswillens	15
§ 8 Die Mitwirkung der Gerichte bei der Gewohnheitsrechtsbildung	20
§ 9 Der Regelungsgegenstand	23
B. Die Übung	24
§ 10 Die Bedeutung der Übung	24
§ 11 Die Feststellbarkeit der Übung	27
§ 12 Die Dauer der Übung	27
C. Gewohnheitsrecht und Richterrecht	28
§ 13 Das Gewohnheitsrecht eine echte Rechtsquelle	28
§ 14 Das sogenannte Richterrecht	30
3. Kapitel : Der Begriff des Gewohnheitsrechtes im Strafrecht	36
A. Modifikationen, die für das Strafrecht typisch sind	36
§ 15 Einschränkungen gegenüber den für das Zivilrecht herausgearbeiteten Erkenntnissen.	
Allgemeines	36

§ 16	Einschränkungen aufgrund des Satzes " nullum crimen, nulla poe na sine lege "	38
§ 17	Die gewohnheitsrechtlich entwickelten Recht- fertigungsgründe	43
§ 18	Gewohnheitsrechtlich gebildete Schuldaus- schließungsgründe	51
§ 19	Gewohnheitsrechtliche Sätze außerstrafrecht- licher Rechtsgebiete	52
§ 20	Das derogierende Gewohnheitsrecht	52
B.	Einflüsse der Rechtsanwendungsorgane auf die Bildung strafrechtlichen Gewohnheitsrechtes	57
§ 21	Das sogenannte Richterrecht im Strafrecht	57
§ 22	Die Einflüsse einer ständigen Verwaltungspraxis auf die Gewohnheitsrechtsbildung	58
1.	Die Möglichkeiten der Verwaltung, zur Anwend- barkeit von Strafrechtsnormen Stellung zu nehmen	59
2.	Die Erkennbarkeit dieser Äußerungen der Verwal- tung für den Außenstehenden	62
3.	Die Einflußmöglichkeit der Verwaltungspraxis	64
C.	Zusammenfassung	68
2.	Abschnitt : Das strafrechtliche Gewohnheitsrecht in der Recht- sprechung des Bundesgerichtshofes	70
§ 23	Die gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe	71
§ 24	Gewohnheitsrechtliche Sätze außerstrafrechtlicher Rechtsgebiete	76
§ 25	Das derogierende Gewohnheitsrecht	80
§ 26	Die gewohnheitsrechtliche Pflicht zum Tätigwerden beim sogenannten unechten Unterlassungsdelikt	95

3. Abschnitt : Die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im heutigen Strafrecht	96
§ 27 Die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes	96
Anhang	105
§ 28 Demoskopische Untersuchungen zur Gewohn- heitsrechtsbildung	
1. Zur Strafbarkeit der schweren Kuppelei beim Geschlechtsverkehr unter Verlobten	105
2. Zur Strafbarkeit der körperlichen Züchtigung in der Schule	108
3. Zur Strafbarkeit der Übertretung betreffend das Verbot der Sonntagsarbeit	111
4. Zusammenfassung	114
§ 29 Zeitschriftenübersicht aus der Deutschen Apothekerzeitung	114

LITERATURVERZEICHNIS

- Adickes, Franz Zur Lehre von den Rechtsquellen, Kassel, Göttingen 1872
- Altmeyer, Josef ;
De Clerck, Hans Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz, 2. Auflage, Siegburg 1956
- de Asua, Luis Jimenez Nullum crimen, nulla poena sine lege, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 63, Berlin 1951, S. 166
- Bachof, Otto Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959
- derselbe, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Tübingen 1963
- Bader, Karl-Siegfried Staatsanwalt und Rechtspflege, in : JZ 1956, S. 4
- derselbe, Todesstrafe und Volksmeinung, in : JZ 1952, S. 758
- derselbe, Urteilsbesprechung, in : JZ 1954, S. 755
- Baring, Martin Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts eine Rechtsquelle ? in : Juristen-Jahrbuch, hrsg. von Gerhard Erdsiek, 6. Bd. Köln-Marienburg 1965/66, S. 27
- Bartholomeyczik, Horst Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1959
- Baumann, Jürgen Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung in : MDR 1957, S. 646
- derselbe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bielefeld 1960
- derselbe, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, in : MDR 58, S. 394
- Baumgarten, Arthur Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern 1939
- derselbe, Juristische Konstruktion und konstruktive Jurisprudenz, in : Festgabe der jurist. Fakultät der Universität Basel, zum 80. Geburtstag von Paul Speiser, Basel 1926, S. 105
- Bender, Bernd Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechtes, in : JZ 1957, S. 593
- Beseler, Georg Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843
- Betti, Emilio Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung, in : Festschrift für Leo Raape, zu seinem 70. Geburtstag, Hamburg 1948, S. 379
- Binding, Karl Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885
- derselbe, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, Leipzig 1872
- Bochalli, Alfred Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963

- Bockelmann, Paul Richter und Gesetz, in : Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 23
- Boehmer, Gustav Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954
- derselbe, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., Tübingen 1952
- Bohne, G. Der Begriff " in Verkehr bringen " der Geldfälschungsdelikte, in : JZ 1952, S. 205
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, von H. J. Abraham, O. Bühler, B. Dennewitz u. a., 17. Lfg., Hamburg 1966
- de Boor, Hans Otto Bürgerliches Recht, Bd. 1, 2. Aufl. Wiesbaden 1954
- Bosch, Friedrich Wilhelm Ehe und Familie in der Rechtsordnung, in : Fam RZ 1966, S. 57
- Brie, Siegfried Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1. Teil, Geschichtliche Grundlegung, Breslau 1899
- Brohm, Winfried Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, in : DÖV 1964, S. 238
- Brunner, Albert Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht, Zürich 1949, jur. Diss.
- Bruns, Hans Jürgen Zur strafrechtlichen Diskussion über das Zuchtigungsrecht des Lehrers, in : JZ 1957, S. 410
- Burckhardt, Walther Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939
- derselbe, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925
- derselbe, Methode und System des Rechts, Zürich 1936
- derselbe, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927
- Coing, Helmut Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch der Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg 1947
- derselbe, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
- derselbe, Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze, in : SJZ 1947, S. 61
- Dahm, Georg Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 57, Berlin, Leipzig 1935, S. 225
- derselbe, Deutsches Recht, Stuttgart, Köln 1951
- derselbe, Völkerrecht, Bd. 1, Stuttgart 1958

- Darmstaedter, Friedrich Der Begriff " Recht " im Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes, in : NJW 1957, S. 769
- Dernburg, Heinrich Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl., Halle 1906
- derselbe, Pandekten, Erster Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1892
- Dölle, Hans Die nachträgliche Eheschließung, in : DRZ 1947, S. 39
- Dreher, Eduard Die sechste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 68, Berlin 1956, S. 71
- Drews, Bill ;
Wacke, Gerhard Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin, Köln, München 1961
- Drost, Heinrich Das Ermessen als Problem der Strafrechtsreform, in : NJW 1955, S. 1255
- Egger, August Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930
- Enderling, Günter Kommunale Ordnungsverwaltung, in : Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Bd., Kommunale Verwaltung, hrsg. von Hans Peters, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957, S. 667
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964
- derselbe, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953
- derselbe, Der Begriff der Rechtslücke, in : Festschrift f. Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 85
- derselbe, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963
- derselbe, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in : Festschrift f. Edmund Mezger, zum 70. Geburtstag, München, Berlin 1954, S. 127
- Enneccerus, Ludwig ;
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Esser, Ferdinand Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts Berlin 1889
- Esser, Josef Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates, Wien 1949
- derselbe, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956

- derselbe, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, in : JZ 1953, S. 521
- Fechner, Erich Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts, in : Naturrecht oder Rechtspositivismus, hrsg. von Werner Maihofer, Bad Homburg 1962, S. 255
- derselbe, Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2. Aufl., Tübingen 1962
- Fischer, Robert Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Ein Rückblick auf die ersten 10 Jahre. Karlsruhe 1960
- Flume, Werner Richter und Recht, München, Berlin 1967
- Forsthoff, Ernst Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), in : DÖV 1959, S. 41
- derselbe, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. , Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München, Berlin 1966
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl., Tübingen 1925
- Franzmann, Herbert Mainachtsstreiche vor Gericht, in : JZ 1956, S. 241
- Friebe, Günther Die strafrechtl. Verantwortlichkeit des Lehrers, 2. Aufl., Köln 1958
- derselbe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Lehrers bei Überschreitung des Zuchtigungsrechts, in : ZBR 1956, S. 174
- Friesenhahn, Ernst Rechtsgutachten zur Frage der Rechtsgültigkeit der PolVO über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens, in : Fachvereinigung für Heilmittelwerbung e. V. , Drei neuere Beiträge zur Frage der Gültigkeit der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens vom 29. September 1941, Heft 1, Köln 1954/1955, S. 5
- Galette, Alfons Zur Entwicklung des " Polizei- und Ordnungsrechts", in : DVBL 1955, S. 283, 313
- Gallas, Wilhelm Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts, in : Abhandlungen des kriminalistischen Instituts der Universität Berlin, 4. Folge, II. Bd. , Heft 1, Berlin-Leipzig 1931
- Geiger, Theodor Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Hrsg. von Heinz Maus und Friedrich Fürstenberg, Neuwied a. Rh. , 1964

- Germann, Oskar Adolf Zum sogen. Analogieverbot nach schweizerischem Strafgesetzbuch, in : Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 61, Festgabe f. Ernst Haffter, Bern 1946, S. 119
- derselbe, Auslegung und freie Rechtsfindung, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 55, Bern 1941, S. 134
- derselbe, Methodische Grundfragen - 6 Aufsätze, Basel 1946, S. 9
- derselbe, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967
- derselbe, Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts, in : Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 68 N. F., Basel 1949, S. 297 ff, S. 423 ff
- Gierke, Otto Deutsches Privatrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
- Giese, Friedrich Zur Frage der Fortgeltung der PolVO über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens, in : JZ 1953, S. 169
- Gmür, Max Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht, in : Festgabe für Eugen Huber, zum 70. Geburtstag, Bern 1919, S. 11
- Grünhut, Max Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, in : Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 41, Tübingen 1926, S. 4
- derselbe, Der strafrechtl. Schutz wirtschaftlicher Interessen, in : Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der jurist. Fakultäten zum 50. -jährigen Bestehen des RG, Bd. 5, Strafrecht und Strafprozeß, Berlin, Leipzig 1929, S. 117
- Grünwald, Gerald Bedeutung und Begründung des Satzes " nulla poena sine lege ", in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 76, Berlin 1964, S. 1
- derselbe, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 70, Berlin 1958, S. 412
- Gschnitzer, Schafft Gerichtsgebrauch Recht ? in : Festschrift zur Hundertjahrfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofes, Wien 1950, S. 40
- Haff, Karl Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. 1, Personen und Sachenrecht, Stuttgart 1927

- Hafer, Ernst Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts,
Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946
- derselbe, Lücken im Strafgesetzbuch, Lückenausfüllung, in:
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 62,
Bern 1947, S. 133
- derselbe, Keine Strafe ohne Gesetz, in : Rektoratsrede u.
Jahresbericht d. Universität Zürich, April 1921
bis Ende März 1922, S. 3
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-
land vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., Neuwied,
Berlin 1961
- Heckel, Hans ;
Seipp, Paul Schulrechtskunde, 3. Aufl., Berlin, Neuwied
1965
- Henkel, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlage
des Rechts, München, Berlin 1964
- derselbe, Recht und Individualität, Berlin 1958
- derselbe, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives
Prinzip, in : Festschrift für Edmund Mezger, zum
70. Geburtstag, München, Berlin 1954, S. 249
- Hennis, Wilhelm Meinungsforschung und repräsentative Demokratie,
Tübingen 1957
- Herrfahrdt, Heinrich Der Streit um den Positivismus in der gegenwärtigen
deutschen Rechtswissenschaft, in : DRZ 1949, S. 32
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
Deutschland, Karlsruhe 1967
- von Hippel, Ernst Einführung in die Rechtstheorie, Münster 1955
- von Hippel, Fritz Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen
Rechtsdenkens, Marburg 1947
- von Hippel, Robert Deutsches Strafrecht, 2. Band, Das Verbrechen,
Allgemeine Lehren, Berlin 1930
- Hirsch, Hans Joachim Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in : Zeit-
schrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
Bd. 74, Berlin 1962, S. 78
- derselbe, Richterrecht und Gesetzesrecht, in : JR 1966, S. 334
- Husserl, Gerhart Rechtskraft und Rechtsgeltung, I. Band, Berlin 1925
- Jagusch, Heinrich Rechtsnorm und Normsituation, in : SJZ 1947, S. 295
- Jahrreiß, Hermann Demokratie, in: Festschrift für Richard Thoma, zum
75. Geburtstag, Tübingen 1950, S. 71
- Jerusalem, Franz Kritik der Rechtswissenschaft, Frankfurt 1948

- Jescheck, Hans-Heinrich Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten ,
in : MDR 1954, S. 665
- Jung, Erich Das sog. Gewohnheitsrecht als Grundlage der
Rechtsquellenlehre, in : Archiv f. Rechts- und Wirt-
schaftsphilosophie, Bd. 22, S. 227
- derselbe, Das Wesen des schuldrechtl. Grundes (§ 812)
und dessen Bedeutung für die Systematik des Privat-
rechtes, in : Die Reichsgerichtspraxis im deutschen
Rechtsleben, Festgabe der jurist. Fakultäten zum
50 - jährigen Bestehen des RG, hrsg. v. Otto
Schreiber, 3. Bd., Zivil- und Handelsrecht (Fort-
setzung), Berlin, Leipzig 1929, S. 143
- Kaufmann, Armin Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen
1959
- derselbe, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie.
Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik,
Göttingen 1954
- Kaufmann, Erich Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus
sic stantibus, Tübingen 1911
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
- Kern, Ernst Die Grenzen der naturrechtlichen Rechtseerneuerung
in Justiz und Verwaltung, in : MDR 1949, S. 137
- Kiß, Géza Gesetzesauslegung und " ungeschriebenes Recht ", in :
Iherings Jahrbücher, Bd. 57, Bd. 21, N.F. Jena
1910, S. 413
- Klug, Ulrich Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechts-
system, in : Festschrift für Eberhard Schmidt, zum
70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 249
- Koebel Wirtschaftsstraftat und Bestrafung aus KRG 50,
in : DRZ 1949, S. 9
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961
- von Kopp, Werner Urteilsbesprechung, in : JZ 1955, S. 319
- KrÜckmann, Paul Institutionen des BGB, 3. Aufl., Leipzig 1901
- Krüger, Herbert Die Stellung der Interessenverbände in der Ver-
fassungswirklichkeit, in : NJW 1958, S. 1217
- Landmann, Liv Sie prÜgeln wie eh und je, F. A. Z. vom 25. 6. 1966
- Lange, Heinrich BGB, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München,
Berlin 1964
- Lange, Richard Ist die Polizei VO über die Werbung auf dem Ge-
biet des Heilwesens vom 29. 9. 1941 noch anwend-
bar? in : NJW 1954, S. 98

- derselbe, Strafrechtliches Rechtsgutachten zur Frage der Gültigkeit und Anwendbarkeit der PolVO vom 29. September 1941 über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens, in : Fachvereinigung für Heilmittelwerbung e. V. , Drei neuere Beiträge zur Frage der Gültigkeit der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens vom 29.9. 1941, Heft 1, Köln 1954/1955, S. 37
- derselbe, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, in : Berliner Kundgebung des Deutschen Juristentages 1952, Tübingen 1952 , S. 59
- derselbe, Urteilsbesprechung, in : NJW 1954, S. 443
- Larenz, Karl Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? in : NJW 1951, S. 497
- derselbe, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin , Göttingen, Heidelberg 1960
- derselbe, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. Eine methodologische Untersuchung, in : Festschrift f. Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 275
- Lehmann, Heinrich ; Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl. , Berlin 1966
- Leipziger Komm. StGB, Bd. I, 8. Aufl. , Berlin 1957
- Less, Günter Von Wesen und Wert des Richterrechts, Eine rechtsanalytische und -kritische Studie, Erlangen 1954
- Liver, Peter Der Begriff der Rechtsquelle, in : Berner Festgabe für den Schweizer. Juristenverein, Rechtsquellenlehre im schweizerischen Recht, Bern 1955, S. 1
- von Mangoldt, Hermann ; Klein, Friedrich Das Bonner GG, Bd. I. , 2. Aufl. , Frankfurt 1957
- Mann, Fritz Alexander Das Recht des Geldes, Frankfurt/M. , Berlin 1960
- Marcic, René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat-Recht als Maß der Macht- Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien 1957
- Maunz, Theodor ; Dürig, Günter Grundgesetz, München, Berlin 1966
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. , Karlsruhe 1965
- Mayer, Hellmuth Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, in : SJZ 1947, S. 12
- derselbe, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, in : JZ 1953, S. 105

- derselbe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart, Köln 1953
- derselbe, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, in : DVBL 1956, S. 469
- Mayer, Max Ernst Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915
- Meier-Hayoz, Arthur Der Richter als Gesetzgeber - Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gem. Art. 1 Abs. 2 des schweizer. ZGB, Zürich 1951
- derselbe, Der Richter und das richterliche Gewohnheitsrecht, in : ÖJZ 1954, S. 440
- Menger, Christian-Friedrich Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in : Verw. Arch. 1960, S. 64
- Meyer-Ladewig, Jens Zur Problematik des institutionellen Rechtsdenkens im Zivilrecht, iur. Diss., Hamburg 1959
- derselbe, Der Satz " nulla poena sine lege " in dogmatischer Sicht, in : MDR 1962, S. 262
- Mezger, Edmund Der Begriff der Rechtsquelle, in : Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, Tübingen 1931, S. 19
- Mittermaier, Wolfgang Über Analogie im Strafrecht, in : Schweizer. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 63, Bern 1948, S. 403
- Mokre, Hans Theorie des Gewohnheitsrechts, Problementwicklung und System, Wien 1932
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
- derselbe, Allgemeine Staatslehre, 1. Bd., Einsiedeln, Zürich, Köln 1945
- Nickusch, Karl Otto Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre, München, iur. Diss. 1964
- Niethammer, Emil Ungeschriebenes Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 55, Berlin, Leipzig 1936, S. 745
- Nipperdey, Hans Carl Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, in: NJW 1957, S. 1777
- Noelle, Elisabeth Umfragen in der Massengesellschaft, Hamburg 1963
- Noll, Peter Zur Gesetzestechnik des Entwurfs eines StGB, in : JZ 1963, S. 297

- derselbe, Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht, in : Schweizer. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 75, Bern 1959, S. 297
- derselbe, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955
- derselbe, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, in: Schweizer. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 80, Bern 1964, S. 160
- Nowakowski, Friedrich Zu der Rechtspflicht beim unechten Unterlassungsdelikt, in : JZ 1958, S. 381
- Oertmann, Paul Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Buch, Allgemeiner Teil I, Leipzig 1909
- derselbe, Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach Bürgerlichem Recht, Leipzig 1914
- Paul, Albert Die Möglichkeit der Neubildung und der Anwendung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiet des Strafrechts, Jena 1939, iur. Diss.
- Peters, Karl Strafprozeß. Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952
- derselbe, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln. (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? in : Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2. Halbbd., Tübingen 1955, S. 1
- Piegler, Josef Volksbräuche vor Gericht, in : JZ 1955, S. 721
- Planck, Gottlieb Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 6. Bd., Einführungsgesetz, 3. Aufl., Berlin 1905
- Pommer, Alfred G. Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts, rechtswiss. Diss., Marburg 1929
- Puchta, Georg Friedrich Das Gewohnheitsrecht, Teil I 1828
Erlangen Teil II 1837
- Raape, Leo Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin, Frankfurt/M. 1961
- Radbruch, Gustav Der Geist des englischen Rechts, Heidelberg 1946
- derselbe, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963
- derselbe, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in : SJZ 1946, S. 105

- Redelberger, Otto Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Lehrers bei Überschreitung des Züchtigungsrechts, in : ZBR 1956, S. 382
- derselbe, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, in : NJW 1955, S. 1303
- Regelsberger, Ferdinand Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893
- Rehfeldt, Bernhard Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin 1962
- derselbe, Die Wurzeln des Rechts, Berlin 1951
- RGR - Komm. z. BGB 1. Bd., 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
- Reichel, Hans Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915
- Reinicke G. und D. Die Auslegungsgrundsätze des Deutschen Obergerichts (DOG) und des Obersten Gerichtshofs f. die brit. Zone, in : JR 1951, S. 161
- Reis, Hans Generalversammlung der Görres-Gesellschaft, Vorträge über rechtsphilosophische, verfassungsrechtliche u. rechtshistorische Fragen, in : JZ 1957, S. 36
- Riezler, Erwin Der totgesagte Positivismus, in : Naturrecht oder Rechtspositivismus, hrsg. von Werner Maihofer, Bad Homburg 1962, S. 239
- derselbe, Das Rechtsgefühl, Rechtspsycholog. Betrachtungen, München 1946
- Rittler, Theodor Lehrbuch des österreich. Strafrechts, Bd. I, Allg. Teil, 2. Aufl., Wien 1954
- derselbe, Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 49, Berlin, Leipzig 1929, S. 451
- Rölle, Hugo Bedeutung und gegenwärtige Möglichkeit der Neubildung von Gewohnheitsrecht im deutschen Strafrecht, iur. Diss., Heidelberg 1948
- Ross, Alf Theorie der Rechtsquellen, Leipzig, Wien 1929
- Rümelin, Gustav Das Gewohnheitsrecht, in : Iherings Jahrbücher, Bd. 27, Bd. 15 N. F., Jena 1889, S. 153
- Rümelin, Max Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechtes, und ihre Begründung, Tübingen 1929
- derselbe, Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924
- Ryffel, Hans Das Problem des Naturrechts heute, in : Naturrecht oder Rechtspositivismus, hrsg. von Werner Maihofer, Bad Homburg 1962, S. 494

- Sauer, Wilhelm Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Praxis und Wissenschaft, in : Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der jurist. Fakultäten zum 50 - jährigen Bestehen des RG, hrsg. von Otto Schreiber, 1. Bd., Öffentl. Recht, Berlin, Leipzig 1929, S. 122
- derselbe, Allgemeine Strafrechtslehre, Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., Berlin 1949
- Sax, Walter Das strafrechtliche Analogieverbot. Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden Strafrecht, Göttingen 1953
- derselbe, Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, in : JZ 1954, S. 474
- derselbe, Grundsätze der Strafrechtspflege, in : Bettermann-Nipperdey Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, Berlin 1959, S. 909
- Schäfer, Gerhard Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, iur. Diss., Marburg 1959
- Schaffstein, Friedrich Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 72, Berlin 1960, S. 369
- Schafheutle, Josef Das Sechste Strafrechtsänderungsgesetz, in : JZ 1960, S. 470
- Schäuner, Ulrich Grundfragen des modernen Staates, in : Recht, Staat, Wirtschaft, hrsg. von Hermann Wandersleb, 3. Bd., Düsseldorf 1951, S. 126
- Schlippe, Karl Ist die Werbung für Empfängnisverhütungsmittel zulässig ? in : JR 1951, S. 76
- Schmid, Reinhold Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, Jena 1848
- Schmidt, Eberhard Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, Karlsruhe 1952
- derselbe, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip, in : MDR 1961, S. 269
- derselbe, Das Reichsgericht und der Übergesetzliche Notstand, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 49, Berlin, Leipzig 1929, S. 350

- Schmidt, Reimer Vortrag vor der Gesellschaft Hamburger Juristen, zit. von Reichert-Facilides, F., Zum heutigen Stand der Diskussion über die juristische Methodenlehre, in : JZ 1955, S. 396
- Schönke, Adolf Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, in : MDR 1947, S. 85
- derselbe, Einführung in die Rechtswissenschaft, Karlsruhe 1946
- Schönke, Adolf ; Schröder, Horst StGB, 13. Aufl., München, Berlin 1967
- Schreiber, Rupert Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin, Heidelberg, New York 1966
- Schröder, Horst Gesetz und Richter im Strafrecht, Kiel 1953
- derselbe, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in : Festschrift für Edmund Mezger, zum 70. Geburtstag, München, Berlin 1954, S. 415
- Schulz, Georg Werbung auf dem Gebiet des Heilmittelwesens, in : NJW 1953, S. 373
- Schwarz, Otto ; Dreher, Eduard StGB, 29. Aufl., München, Berlin 1967
- Schwarz, Otto ; Kleinknecht, Theodor Strafprozeßordnung, 25. Aufl., München, Berlin 1965
- Scupin, Hans Ulrich Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, in : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Bd., Kommunale Verwaltung, hrsg. v. Hans Peters, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957, S. 606
- Serick, Rolf Ist der Begriff des Gewohnheitsrechts revisionsbedürftig ? iur. Diss., Tübingen 1948
- Simonius, August Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in : Festgabe d. jurist. Fakultät der Universität Basel zum 80. Geburtstag von Paul Speiser, Basel 1926, S. 83
- derselbe, " Lex facit regem " (Bracton). Ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen, Basel 1933
- Sohm, Rudolf ; Mitteis, Ludwig ; Wenger, Leopold Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München, Leipzig 1931
- Spiro, Karl Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948
- Staudinger, J. von Kommentar zum BGB, Bd. I, 11. Aufl., Berlin 1957 Bd. VI, 10. Aufl., Berlin, München 1939

- Stettner, Heinrich Die strafrechtliche Problematik der körperlichen Züchtigung, in : Recht der Jugend, Berlin - Frohnau, 1958, S. 169
- Stier- Somlo, Fritz Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle, Berlin 1900
- Stratenwerth, Günter Prinzipien der Rechtfertigung, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 68, Berlin 1956, S. 41
- Stree, Walter Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
- Sturm, August Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipzig 1900
- Thöl, Heinrich Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851
- v. Wächter, Carl-Georg Pandekten, Allgemeiner Teil I, Leipzig 1880
- Wacke, Gerhard Zur Lage des Beamtenrechtes innerhalb des öffentlichen Dienstes, in : DRZ 1948, S. 408
- Wackernagel, Jacob Beiträge zur Lehre über die Feststellung des Gewohnheitsrechtes, in : Festschrift für Karl Haff, zum 70. Geburtstag, Innsbruck 1960, S. 360
- Waiblinger, Max Bedeutung des Grundsatzes " nullum crimen, nulla poena sine lege ", in : Zeitschrift des Bern. Juristenvereins - Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bd. 91, Bern 1955, S. 212
- Walter, Robert Die Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand, in : ÖJZ 1963, S. 225
- Weigelin, Ernst Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, in : Leipziger Zeitschrift, 20. Jahrgang, München, Berlin, Leipzig 1926, Spalte 30
- Weinkauff, Hermann Zur Eröffnung des BGH, am 8. 10. 1950, in : NJW 1950, S. 816
- derselbe, Das Naturrecht in evangelischer Sicht, in : Naturrecht oder Rechtspositivismus, hrsg. von Werner Maihofer, Bad Homburg 1962, S. 210
- derselbe, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in : Naturrecht oder Rechtspositivismus, hrsg. von Werner Maihofer, Bad Homburg 1962, S. 554
- derselbe, Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland, in : Berliner Kundgebung des Deutschen Juristentages 1952, Tübingen 1952, S. 13
- Weischedel, Wilhelm Recht und Ethik, Karlsruhe 1956

- Welzel, Hans Über den Begriff des Strafgesetzes, in :
Probleme der Strafrechtserneuerung, mit Bei-
trägen von Paul Bockelmann, Berlin 1944, S. 101
- derselbe, Das Deutsche Strafrecht, 8. Aufl., Berlin 1963
- Werner, Fritz Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklau-
seln und Richterrecht, Karlsruhe 1966
- Wieacker, Franz Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der
außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1957
- Windscheid, Bernhard ;
Kipp, Theodor Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. 1,
Frankfurt 1906
- Wolff, Erik Das Problem der Naturrechtslehre, Karlsruhe 1955
- Wolff, Hans Julius Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende
Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in :
Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen
Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
München 1955, S. 33
- derselbe, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München, Berlin 1965
Verwaltungsrecht III, München, Berlin 1966
- Würtenberger, Thomas Zur strafrechtlichen Bedeutung des Züchtigungs-
rechts des Lehrers, in : DRZ 1948, S. 291
- derselbe, Die Legitimität der staatlichen Herrschaft,
in : DRZ 1947, S. 241
- derselbe, Das Naturrecht und die Philosophie der Gegen-
wart, in : JZ 1955, S. 1
- derselbe, Die geistige Situation der deutschen Strafrechts-
wissenschaft, Karlsruhe 1957
- Wussow, Werner Zur Lehre von der Sozialadäquanz, in :
NJW 1958, S. 891
- Zitelmann, Ernst Gewohnheitsrecht und Irrtum, in : Archiv für
die Civilistische Praxis, Bd. 66, Bd. 16 N. F.,
Freiburg, Tübingen 1883, S. 323
- Zweigert, Konrad Gewohnheitsrecht und Ordre public, in :
DRZ 1948, S. 113

Einführung

Wenn man die nach dem 2. Weltkrieg zur Frage des Züchtigungsrechtes in der Schule ergangene Rechtsprechung in Strafsachen durchsieht ¹⁾ und die zu diesem Fragenkreis geäußerten Stellungnahmen der Rechtslehre ²⁾ überblickt, stößt man immer wieder auf den Begriff des Gewohnheitsrechtes. Mit diesem Begriffe wird zwar allenthalben gearbeitet, auf die methodologischen Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, wird jedoch nicht näher eingegangen.

Die vorliegende Arbeit knüpft an die höchstrichterliche Rechtsprechung und an die Fachliteratur zu diesem speziellen Problem der Lehre vom Gewohnheitsrecht im Strafrecht an. Sie nimmt diese Frage zum Anlaß, um allgemein zu untersuchen, inwieweit eine Bildung von strafrechtlichem Gewohnheitsrecht im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland zulässig ist und welche Bedeutung dieser Rechtserscheinung heute noch zukommt. Die Erörterungen beschränken sich nicht auf Rechtfertigungsgründe, sondern erstrecken sich auf alle Formen strafrechtlichen Gewohnheitsrechtes.

1. Abschnitt : Zum Begriff des Gewohnheitsrechtes

1. Kap. Voraussetzungen

§ 1 Arbeitshypothese

In der Literatur werden zwei Begriffe des Gewohnheitsrechtes unterschieden: Nach der einen Meinung ist Gewohnheitsrecht der Sammelbegriff für alle Rechtsbildungen, die dem Richter neben dem reinen Gesetzeswortlaut zur Urteilsfindung dienen und ihn in mehr oder weniger starkem Maße binden. ³⁾

1) U. a. BGH 11 - 241 ; 12 - 62 ; OLG Schleswig JZ 57 - 450 ;
OLG Hamm, JZ 57 - 452

2) U. a. Bruns S. 410 ; Friebe, Verantwortlichkeit S. 137 ff ; Redelberger,
Züchtigungsrecht S. 1303 ff ; Stettner, S. 169 ff , insbes. S. 200 ff

3) Liver, S. 23

Hierzu werden neben den eigentlichen Gewohnheitsrechtssätzen Auslegungsergebnisse, die sich in ständiger Rechtsprechung bewährt haben, und die sogenannte Verkehrssitte gezählt. ⁴⁾ Dieser weite Begriff wird u. a. vertreten von von Gierke ⁵⁾, Oertmann ⁶⁾, Germann ⁷⁾, Less ⁸⁾, Sax ⁹⁾, Kiss ¹⁰⁾, Schönke-Schröder. ¹¹⁾

Die herrschende Meinung vertritt einen engeren Begriff des Gewohnheitsrechtes ¹²⁾, sie sieht eine Norm erst dann als Gewohnheitsrechtssatz an, wenn sie Rechtsgenossen und Rechtsanwendungsorgane in gleichem Maße bindet wie eine gesetzliche Vorschrift. ¹³⁾ Diese Begriffsbedeutung wird auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geteilt. ¹⁴⁾ Der Begriff des Gewohnheitsrechtes im engeren Sinn ist den Erörterungen der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt. Er gründet auf der nicht unbestrittenen Prämisse, daß das Gewohnheitsrecht eine echte Rechtsquelle ist, die gleichwertig neben dem Gesetzesrecht steht. Die Begründung für diese

4) Max Rümelin, Kraft S. 14: "Unter der Flagge des Gewohnheitsrechtes segelt heute nicht selten das Richterrecht".

5) S. 161

6) Rechtsordnung S. 20 ; Recht S. 26

7) Probleme S. 136

8) S. 18

9) Analogieverbot S. 39, 40

10) S. 486

11) § 2 Rdnr. 27 ff

12) Larenz, Methodenlehre, S. 269 ff; Max Rümelin, Rechtssicherheit S. 62 f ; Meyer - Ladewig, Problematik S. 323 ; Rölle, S. 5

13) Die Begriffe "Rechtsnorm" und "Rechtssatz" werden in der Arbeit synonym verwandt, wie es der überwiegenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung entspricht. Vgl. u. a. Ernst von Hippel, S. 37 ; Enneccerus-Nipperdey S. 199 Fußn. 11 ; Burckhardt, Einführung S. 137, 198 ; Josef Esser, Einführung S. 136 ; Larenz, Methodenlehre, S. 151 ; Mokre, S. 138 ; a. A. Kelsen, S. 73

14) Vgl. BGH St 11-241 ; 12-62

Rechtsauffassung soll einstweilen noch zurückgestellt werden, ¹⁵⁾ da es aus Gründen der Klarheit angezeigt ist, sie erst bei der Definition des Richterrechtes - in Abgrenzung zu diesem - darzulegen.

§ 2 Die Theorien über das Gewohnheitsrecht

a) Eine noch heute vertretene Lehre vom Gewohnheitsrecht ¹⁶⁾ ist die sogenannte Gestattungstheorie. Sie hat ihre geschichtlichen Wurzeln im Positivismus und geht von dem absoluten Rechtserzeugungsmonopol des Staates aus. Ihre Vertreter sind ausschließlich Anhänger der sogenannten staatlichen Rechtsquellenlehre, deren Hauptanliegen es ist, ein monistisches Rechtsquellensystem zu schaffen, das vom Staate ausgeht. ¹⁷⁾ Nach der Gestattungstheorie bedarf jede Gewohnheitsrechtsbildung der Duldung oder Gestattung durch den Gesetzgeber, um echtes bindendes Recht zu werden. Dabei kann die Gestattung auch stillschweigend erfolgen. ¹⁸⁾ Eine solche Rechtsauffassung ist aber in einem Staate, in dem die Verfassung selbst die Möglichkeit des Abweichens einer Gesetzesnorm von dem Rechte ausdrücklich anerkennt, Art. 20 Abs. 3 GG ¹⁹⁾,

15) Siehe Ausführungen S. 28 ff.

16) Rittler, Strafrecht S. 460 ; Burckhardt, Organisation S. 223 ff ; Nickusch, S. 123 ff

17) Vgl. Nickusch, S. 126 : "Erklärt man die Gewohnheitsrechtsbildung auf diese Art, so ist sie kein Fremdkörper im staatlichen Rechtssystem" ; Reinhold Schmid, S. 236 : " Jede generelle Anerkennung, die sich nicht auf ein a b g e l e i t e s Recht der Autonomie bezieht, würde die Staatsgewalt, der die Vollziehung der Rechtsnormen obliegt, einer fremden Gewalt unterwerfen; diese Vorstellung würde aber mit dem Wesen des Staates, welches in der Einheit einer höchsten unabhängigen Gewalt besteht, in Widerspruch treten " ; ebenso Gustav Rümelin, S. 203 ; Binding, Handbuch S. 78 Fußn. 1

18) Nickusch, S. 125

19) Bonner Komm., Art. 20 Anm. II, 2e ; Maunz - Dürig, Art. 20 Rdnr. 72 ; Darmstaedter, S. 770 ; Bachof, Grundgesetz, S. 24 ; Forsthoff, Bindung S. 41 ; Hamann, Art. 20 Anm. 8 cc ; von Mangoldt - Klein, Art. 20 S. 603

nicht haltbar. ²⁰⁾ Ein materialer Rechtsstaat ²¹⁾, wie die Bundesrepublik Deutschland einer ist, zeichnet sich gerade dadurch aus, daß nicht jede vom Gesetzgeber erlassene Norm notwendigerweise Recht ist und als solche Beachtung verlangen kann. Außer den formalen Voraussetzungen müssen noch materiale Mindestanforderungen erfüllt sein, damit die Gesetzesnorm allgemeine Geltung beanspruchen darf. ²²⁾ Die von Nickusch ²³⁾ gegebene Begründung für die Gestattungstheorie, nur der Staat könne kraft seiner Ideenhaftigkeit entscheiden, ob eine bestimmte Gewohnheit an der Rechtsidee teilhabe oder nicht, kann nicht überzeugen. Die Formel in Art. 20 Abs. 3 GG wollte "die Gebundenheit von Verwaltung und Rechtsprechung über die Gesetzesbildung hinaus erweitern". ²⁴⁾

b) Eine andere Theorie, die vorwiegend in der gemeinrechtlichen Wissenschaft vertreten wurde, führt die Geltung des Gewohnheitsrechtes auf einen Willensakt des Volkes, bzw. der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft zurück, die die Norm üben. Der das Gewohnheitsrecht hervorbringende Wille sei ein sogenannter "Gesamtwille", der als organisches, über dem

20) So schon Windscheid-Kipp, S. 78 Fußn. 1; für die heute h. M. u. a. Staudinger, Bd. VI, Art. 2 Rdnr. 10: "Das Gewohnheitsrecht bedarf keiner Gestattung durch das Gesetz".

21) U. a. Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 59

22) Flume, S. 15; allgemein Erik Wolf, S. 108: "Die längst erkannte Mehrdeutigkeit des Naturrechtsgedankens hat doch noch niemand davon überzeugt, daß die Frage nach dem Naturrecht unnötig sei. Jedermann empfindet vielmehr, daß der Naturrechtsgedanke zu existentieller Stellungnahme verpflichtet". Vgl. auch Radbruch, Unrecht S. 105; Weigelin, Sp. 33; Würtenberger, Legitimität, S. 244 f.; Ryffel, S. 506

23) S. 123

24) Forsthoff, Bindung S. 41

Einzelwillen stehendes Phänomen verstanden wird. Ähnlich wie diese Theorie richtet die Lehre der historischen Rechtsschule den Blick ganz auf die innere Seite des Vorganges der Gewohnheitsrechtsbildung. Die schöpferische Kraft besteht hiernach in dem sich zur Rechtsüberzeugung emporringenden Gesamtbewußtsein.^{24a)} Beide Theorien sehen in der Übung der Rechtsgenossen nur eine Äußerung und Betätigung der vorhandenen Rechtsüberzeugung. Die Übung ist lediglich Erkenntnismittel.²⁵⁾ Eine konstitutive Bedeutung kommt der Übung nicht zu.²⁶⁾

Diese Lehrmeinungen übersehen, daß eine Rechtsnorm, die Geltung gewinnen will, zunächst einmal nach außen in Erscheinung treten muß.²⁷⁾ Das Gebot der Rechtssicherheit verlangt, daß die Norm unmißverständlich entwickelt und ausgebildet wurde.²⁸⁾ Dies kann aber nur durch Positivierung in einer Gesetzesnorm oder durch eine ständige Übung der Rechtsgenossen geschehen.²⁹⁾ Gustav Rümelin³⁰⁾ übte heftige Kritik an der zuerst genannten Willentheorie. Er führte u. a. aus, es müsse schon bezweifelt werden, ob sich ein "Gesamtwille" überhaupt bilden könne. Die überwiegende Zahl der Rechtsgenossen lasse sich auf dem Gebiet des geschäftlichen Verkehrs nicht durch idealistische Gesichtspunkte wie Gerechtigkeit und Billigkeit leiten, sondern ausschließlich durch egoistische Motive.³¹⁾

24a) Puchta, Teil II S. 48

25) Reichel, S. 100 ff ; Puchta, Teil II S. 79 - 85

26) Puchta, Teil I S. 143, Teil II S. 29, 49

27) von Gierke, S. 164 ; Windscheid - Kipp, S. 79 Fußn. 3 weisen sogar darauf hin, daß die Übung allein so stark sein könne, daß sie die Rechtsüberzeugung erst hervorrufe.

28) Henkel, Einführung S. 64

29) Mokre, S. 26

30) S. 186

31) Gmür, S. 30 sieht als den wesentlichsten Nachteil der Überzeugungstheorie an, daß sie das entscheidende Gewicht auf innere psychologische Vorgänge lege. Er hält es für unmöglich, konstatieren zu können, daß eine Überzeugung allgemein ist.

c) Eine weitere Lehrmeinung führt die Geltung eines Gewohnheitsrechtsatzes allein auf die ständige Übung der Rechtsgenossen zurück.³²⁾ Die Vertreter dieser Theorie weisen darauf hin, daß die Gewohnheit selbst eine Macht auf die Menschen ausübe. Die Eigenschaft der Menschen, auf dem Gewohnten zu beharren und Ehrfurcht vor dem Althergebrachten zu haben, wirke auf die Rechtsgenossen oftmals wie ein seelischer Zwang.³³⁾

Auch dieser Theorie kann der Vorwurf der Einseitigkeit nicht erspart werden. Die bloße tatsächliche Übung kann keine rechtlich verbindliche Kraft entfalten. Zwar können sich aus dem Nachahmungstrieb, der Gewöhnung und der Ehrfurcht vor dem Althergebrachten Motive für die Auffassung der Rechtsgenossen ergeben, ein seither geübtes ständiges Verhalten solle fernerhin praktiziert werden. Diese Überzeugung allein reicht aber noch nicht aus, um ein Rechtsgebot entstehen zu lassen.³⁴⁾

§ 3 Vorläufige Definition der hier vertretenen Theorie

1. Aus der Kritik an den erwähnten Gewohnheitsrechtstheorien folgt, daß beiden Voraussetzungen, Übung und allgemeine Rechtsüberzeugung, bei der Gewohnheitsrechtsbildung eine gleichwertige konstitutive Kraft zukommt. Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse läßt sich das Gewohnheitsrecht definieren als ungesetztes Recht, das durch den in regelmäßiger Übung nach außen in Erscheinung tretenden, allgemeinen Rechtsgeltungswillen in der Rechtsgemeinschaft erzeugt wird.

Die Elemente der Gewohnheitsrechtsbildung stehen in einem Wechselverhältnis zueinander. Beobachtungen der Rechtspraxis haben ergeben, daß eine ursprüngliche willkürliche Übung, der gegenüber sich das Rechtsbe-

32) Zitelmann, S. 456 f; Dernburg, Pandekten S. 59 ff; derselbe, Lehren S. 81; Windscheid-Kipp, S. 79, Fußn. 2

33) Dernburg, Pandekten S. 6

34) Enneccerus-Nipperdey, S. 17 Fußn. 2; ebenso Oertmann, Rechtsordnung S. 18

wußtsein zunächst gleichgültig oder gar ablehnend verhält, die Rechtsgenossen im Laufe der Zeit zu der allgemein geteilten Überzeugung bewegen kann, man dürfe sich von Rechts wegen nur noch der Übung gemäß verhalten. ³⁵⁾ Andererseits hat auch das Rechtsleben gezeigt, daß sich ein Gewohnheitsrechtssatz auf die Art entwickeln kann, daß sich ein zuerst bestehender starker Rechtsgeltungswille mit der Zeit im täglichen Leben der Rechtsgenossen durchsetzt und bewährt. ³⁶⁾

Bedeutungsvoll ist überdies eine dritte Erkenntnis allgemeiner Art : Jeder Gewohnheitsrechtssatz macht zwei Zustandsphasen durch, in der ersten entwickelt er sich zur Rechtsnorm, in der zweiten ist die Entwicklung abgeschlossen, wird der Rechtssatz befolgt und angewendet wie eine gesetzliche Vorschrift. ³⁷⁾ Wenn wir diese Phasen mit denjenigen einer Gesetzesnorm vergleichen, dann entspricht der erste Abschnitt dem Gesetzgebungsverfahren bis zur Verkündung des Gesetzes, der zweite der Befolgung und Anwendung des Gesetzes. Während sich aber bei den Gesetzesnormen weder die Rechtsgenossen noch die Rechtsanwendungsorgane mit den Gesetzesentwürfen zu beschäftigen haben, da diese erst mit der Verkündung im Gesetzesblatt ins Rechtsleben treten, ist dies bei den Gewohnheitsrechtssätzen anders. Diese Normen werden erst durch die Übung der Rechtsgenossen zu Gewohnheitsrechtssätzen, auch die noch in der Entwicklung befindlichen Normen werden infolgedessen schon im Rechtsleben angetroffen. Aus diesem Grunde müssen Rechtsgenossen wie auch Rechtsanwendungsorgane jeweils untersuchen, ob es sich um einen bereits verbindlichen Gewohnheitsrechtssatz handelt oder um eine Norm, die erst bei Bewährung im Rechtsleben zur Gewohnheitsrechtsnorm werden kann. Dieweil sich das Problem der Grenzziehung zwischen der im Entstehen begriffenen Norm und der bereits gültigen Rechtsnorm im Bereiche der Gesetzesvorschriften für die Praxis gar nicht stellt, ist es im Raume der

35) Windscheid-Kipp, S. 79 Fußn. 2 ; Larenz, Methodenlehre S. 269 ff

36) Staudinger, Bd. I, Einleitung Anm. 43 ; von Gierke, S. 164 und 165

37) Brie, S. 12 ff ; von Wächter, S. 103 f ; Thöl, S. 132 f ; Stier Somlo, S. 38 ; Ferdinand Esser, S. 57

Gewohnheitsrechtssätze von überragender Bedeutung. Daß eine exakte Grenzziehung zwischen den beiden Zustandsphasen im praktischen Rechtsleben sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein kann³⁸⁾, darf nicht hindern, wenigstens von der Theorie her einwandfreie Ergebnisse zu erarbeiten. Da sich die Rechtsgültigkeit eines Gewohnheitsrechtssatzes erst mit der Zeit herausbildet, läßt sich der genaue Zeitpunkt, in dem eine bindende Rechtsnorm entstanden ist, überhaupt nicht mit letzter Sicherheit feststellen. Man wird immer auf die durch die Vielzahl der Anwendungs- und Befolgungsfälle hervorgerufene Vermutung angewiesen sein, daß die geübte Norm ihre Wurzel in der gemeinsamen rechtlichen Überzeugung der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft hat.³⁹⁾ Viele Mißverständnisse in der Gewohnheitsrechtslehre rühren daher, daß man diese beiden Zustandsphasen, die ein jeder Gewohnheitsrechtssatz durchlaufen muß und in denen sich, wie noch zu zeigen sein wird⁴⁰⁾, die an ihn zu stellenden Erfordernisse verändern, nicht deutlich auseinander gehalten hat. Anders läßt sich zum Beispiel Savers Kritik⁴¹⁾ nicht erklären, die Lehre vom Gewohnheitsrecht leide an dem unheilvollen Mangel, daß sie etwas Faktisches, die tatsächliche Übung, zur Rechtsquelle erheben wolle, obwohl ein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen Normativem und Faktischem bestehe.^{42) 43)} Ebenso hatte wohl Puchta⁴⁴⁾ nur die zweite Phase im Auge, wenn er den Zweck der Übung allein darin erblickte, Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechtes zu sein.⁴⁵⁾

38) Max Rümelin, Kraft S. 49

39) Puchta, Teil II, S. 79, 85; Brunner, S. 74

40) S. 10 ff; 24 ff

41) Bedeutung S. 125; vgl. hierzu die positive Kritik Riezlers, Positivismus S. 241: "Das Gegebene ist für sich allein keine Norm, zu einer solchen wird es erst durch die Anerkennung."

42) So auch Rölle, S. 6

43) Das Gleiche hat auch für Baumgartens Bedenken zu gelten; vgl. Konstruktion S. 126

44) Teil II S. 79 - 85

45) Denn Erkenntnismittel haben allgemein erst dann Bedeutung, wenn der zu erkennende Gegenstand, in unserem Fall die Gewohnheitsrechtsnorm, bereits entstanden ist. Vgl. auch von Wächters Kritik, S. 103 und die- jenige Mokres, S. 26

2. Die hier vertretene Theorie deckt sich im wesentlichen mit der herrschenden Lehre.⁴⁶⁾ Obwohl das Gewohnheitsrecht heute seine größte Bedeutung auf dem Gebiet des Völkerrechtes hat⁴⁷⁾, ist die Gewohnheitsrechtslehre im Zivilrecht am ausgeprägtesten. Dies beweist ein Blick in die Dogmengeschichte des Gewohnheitsrechtes, namentlich in die ihm gewidmete Arbeit der historischen Rechtsschule und in die gemeinrechtliche Wissenschaft.⁴⁸⁾

Darüberhinaus sei daran erinnert, daß sich die Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland gewohnheitsrechtlich vollzogen hat, wie auch daran, daß der *Usus modernus pandectarum* durch Gewohnheitsrecht entstanden ist. Aus diesem Grunde und weil die methodologischen Gesetzmäßigkeiten, denen das Gewohnheitsrecht unterworfen ist, im Strafrecht die gleichen sind wie in den anderen Rechtsmaterien, -soweit nicht die Eigenart des Strafrechtes besondere, nicht allein das Gewohnheitsrecht betreffende Modifikationen erfordert⁴⁹⁾ - bietet sich für die Ausarbeitung der Einzelheiten folgende Methode an: Die Untersuchung der beiden Erfordernisse der Gewohnheitsrechtsbildung erfolgt zunächst anhand der im Zivilrecht vertretenen Lehren, danach wird geprüft, welche Einschränkungen bei den gefundenen Erkenntnissen wegen der Eigenart des Strafrechtes zu machen sind.

46) Ebenso die frühere Lehre von Gierke, S. 164; Sohm, S. 22 ff; die heutige Lehre von Enneccerus-Nipperdey, S. 261, 264; Burckhardt, Organisation S. 224; Staudinger, Bd. I, Einleitung, Anm. 43; RGR-Komm. Einleitung, Anm. 6

47) Vgl. Dahm, Völkerrecht, S. 15 ff; Erich Kaufmann, S. 41 ff

48) Enneccerus-Nipperdey, S. 263

49) Maurach, S. 79; Germann, Auslegung S. 152; allgemein Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 3

2. Kap. Der Begriff des Gewohnheitsrechtes im Zivilrecht

A. Die Rechtsüberzeugung

§ 4 Der formale Begriff der opinio necessitatis

Gleichgültig, ob eine anfängliche tatsächliche Übung zur allgemeinen Rechtsüberzeugung in der Gemeinschaft geführt hat oder sich ein zuerst bestehender Rechtsgeltungswille mit der Zeit im Rechtsleben durchgesetzt hat, ist in der ersten Zustandsphase das Rechtsgefühl vorherrschend. Die Norm wird innerlich als gerecht empfunden.⁵⁰⁾ Dieses emotionale Moment kann aber nur Vorstadium bei der Gewohnheitsrechtsbildung sein. Denn die Erfahrung lehrt, daß der Rechtsgenosse eine ihn betreffende Rechtsnorm sehr wohl als gerecht empfinden kann, ohne sich gleichzeitig verpflichtet zu fühlen, sie zu beachten. Zu dem Gerechtigkeitsgefühl muß die opinio necessitatis hinzukommen. Der einzelne Rechtsgenosse muß sich als von Rechts wegen verpflichtet oder berechtigt fühlen.⁵¹⁾ Wackernagel⁵²⁾ beschreibt den gleichen Vorgang folgendermaßen: "Die anfänglich individuellen Rechtsvorstellungen gehen im Laufe der Zeit dahin, die geübte Norm sollte als objektives Recht gelten. Schließlich werden die Einzelvorstellungen zu einer Gemeinüberzeugung, welche nicht mehr zum Inhalt hat, dies und jenes sollte Recht sein, sondern dies und das ist Recht".⁵³⁾ Die allgemeine Rechtsüberzeugung kann sich bei einem Teil der Rechtsgenossen auch in einem bloßen Dulden oder Nichtwidersprechen der Handhabung der Norm äußern. Eine ausdrückli-

50) Riezler, Rechtsgefühl, S. 155 nennt es "Neigung zum Rechtsideal".

51) Riezler, Rechtsgefühl, S. 23 - 25 ; derselbe Positivismus S. 241 ; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, S. 265 ; Coing, Grundzüge S. 230; Windscheid-Kipp, S. 85, 87, 88; Boehmer, Grundlagen S. 203 f ; Germann, Probleme S. 136

52) S. 362, 363

53) Vgl. OLG Frankfurt, 12.8.1947, SJZ 47 - 641 : "Voraussetzung für die Gewohnheitsrechtsbildung ist die aufgrund der Wahrnehmung des Geschehenen erfolgende Anerkennung der Betroffenen und ihre sich bildende Überzeugung, daß das, was geschieht, Rechtens sei".

che Zustimmung wird nicht verlangt⁵⁴⁾, wenn nur gewährleistet ist, daß das Hinnehmen der Norm Ausdruck dafür ist, daß die Rechtsgemeinschaft diese Regelung als legitim betrachtet.

Gegenstand der Gewohnheitsrechtsbildung und damit der opinio necessitatis können alle Rechtssätze im Sinne des Art. 2 EGBGB sein. Darunter fällt jede rechtlich verbindliche Regelung.⁵⁵⁾ Insoweit wesentlich ist allein der normative Charakter des Rechtssatzes. Dieser Begriff umfaßt alle vollständigen und unvollständigen Rechtssätze im Sinne der von Larenz vertretenen Methodenlehre.⁵⁶⁾

§ 5 Der materiale Begriff der opinio necessitatis

Da eine allgemeine Rechtsüberzeugung zur Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderlich ist, kann Gegenstand der opinio necessitatis nur eine Norm sein, die den in einem Rechtsstaate von jedem Rechtssatz zu fordernden materialen Mindestanforderungen genügt.⁵⁷⁾ Auch die Gewohnheitsrechtsnormen müssen ihrem Inhalte nach mit der rechtsstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland übereinstimmen. Berücksichtigt die allgemeine Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen diese Mindest-

54) Enneccerus-Nipperdey, S. 265 ; Coing, Grundzüge, S. 230 ; Boehmer, Grundlagen S. 201 ff

55) Vgl. Planck, Art. 2 Anm. 2

56) S. 151 ff ; die gleiche Terminologie bei Enneccerus-Nipperdey, S. 196 ff. Bei der Weite dieses Rechtssatzverständnisses kann der heute herrschende Streit um die sog. Imperativentheorie unbeachtet bleiben ; vgl. hierzu u. a. Nawiasky, Rechtslehre S. 8 ff ; Burckhardt, Einführung S. 197 ff ; Josef Esser, Einführung S. 136 ff ; Ernst von Hippel, S. 27 ff ; Nawiasky, Staatslehre S. 15

57) Materialer Rechtsstaatsbegriff, Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 59

fordernisse nicht, so kann nicht von einer Rechtsüberzeugung gesprochen werden. Erst die Beachtung dieser Voraussetzungen unterscheidet die Rechtsnorm von der bloßen Zwangsnorm. ⁵⁸⁾

Generell darf das Recht sich die Grundsätze der Moral nur soweit zu eigen machen, als dies für ein erträgliches Zusammenleben in der Sozietät erforderlich ist. ⁵⁹⁾ Angesichts des Wertpluralismus in der heutigen Gesellschaft muß das Recht einen Ausgleich schaffen zwischen den ethischen Anschauungen und den sozialen Notwendigkeiten und Bedürfnissen. ⁶⁰⁾ Auf Normen der Ethik kann nur dann zurückgegriffen werden, wenn sie Grundbestand gemeinsamer Anschauungen " aller billig und gerecht denkenden Mitglieder der Rechtsgemeinschaft " sind. ⁶¹⁾ Ferner ist die in den Grundrechten und den institutionellen Garantien des Grundgesetzes niedergelegte soziale Wertordnung zu beachten. ⁶²⁾

Das Recht muß in seinen Regelungen darüberhinaus auf unabänderliche biologische, wirtschaftliche, soziale und politische Gesetzmäßigkeiten Rücksicht nehmen. ⁶³⁾

-
- 58) Weinkauff, Naturrecht, S. 210, 216 ; derselbe, Naturrechtsgedanke S. 557 ; ähnlich Coing, Grundsätze S. 50 ; Henkel, Einführung S. 32 ; Jung, Gewohnheitsrecht, S. 252
- 59) Henkel, Einführung S. 145 ; siehe auch BGH St 20 -203
- 60) Noll, Rechtfertigungsgründe S. 21
- 61) Henkel, Einführung S. 133 ; derselbe, Recht S. 15 ; Coing, Grundzüge S. 241 ; Würtenberger, Gegenwart S. 1 ff ; Max Rümelin, Kraft S. 24 ; so auch der interessante Versuch einer Synthese von Naturrecht und Geschichtlichkeit von Arthur Kaufmann, zit. bei Reis, S. 36
- 62) Henkel, Einführung S. 459 ; Coing, Grundsätze S. 85, 146
- 63) Fechner, Rechtsphilosophie S. 88 ; derselbe, Bedeutung S. 278 ; Henkel, Einführung S. 71 ; Larenz, Wegweiser S. 281 ; Natur der Sache = die den Dingen innewohnende Ordnung. Insbesondere zur Wirksamkeit dieser Gesetzmäßigkeiten Adickes, S. 46 ; Fritz von Hippel, S. 56

Neben diesen materialen Erfordernissen gelten für alle Rechtsnormen Gestaltungsprinzipien allgemeinen Charakters, sogenannte " Antinomien der Rechtsidee " ⁶⁴⁾, wenn " richtiges Recht " ⁶⁵⁾ entstehen soll. Die drei Komponenten, die in wechselseitiger Abhängigkeit stehen, sind Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit. Die Verlagerung der Gewichte von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Das Verhältnis der beiden erstgenannten Gestaltungsprinzipien muß einen " vernünftigen Sinn " haben. ⁶⁶⁾

Ausgehend von der unterschiedlichen Verteilung der Gewichte der " Antinomien der Rechtsidee " lassen sich die Rechtssätze in zwei Gruppen einteilen. Bei der einen Art ist der Norminhalt in erster Linie durch seine Bezogenheit auf die materielle Gerechtigkeit gekennzeichnet. Bei der anderen Gruppe läßt sich der Normsetzer vorwiegend von Zweckmäßigkeitsüberlegungen leiten. Diese zuletzt genannten " wertfreien " Normen - nennen wir sie im Anschluß an Meyer-Ladewig ⁶⁷⁾ " ordnende Regeln " - verfolgen allein das Ziel, die technischen Abläufe des Rechtslebens einheitlich zu gestalten. Entscheidend ist bei diesen Rechtssätzen, daß sie eine bestimmte, eindeutige Regelung treffen, weniger wichtig, wie sie im einzelnen ausgestaltet sind. ⁶⁸⁾

64) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 168; Josef Esser, Interpretation S. 526

65) Ausdruck geprägt von Rudolf Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902

66) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 168

67) Problematik S. 12

68) Würde die Vorschrift den entgegengesetzten Regelungsinhalt haben, so könnte sie u. U. " genauso richtig " sein. Beispielsweise wäre es durchaus denkbar, daß § 8 Abs. 2 StVO vorschriebe, alle Fahrzeuge haben auf der l i n k e n Seite der Fahrbahn l i n k s zu fahren.

Der Inhalt dieser Normen läßt sich nicht nach Gerechtigkeitserwägungen beurteilen.^{69) 70)} Dieser Eigenart muß auch die *opinio necessitatis* Rechnung tragen.

Durch diese Beschränkung der *opinio necessitatis* von der materialen Seite her wird die früher⁷¹⁾ und vereinzelt noch heute⁷²⁾ in der Gewohnheitsrechtslehre zusätzlich zu Rechtsüberzeugung und Übung geforderte Voraussetzung der Rationabilität überflüssig.⁷³⁾ Wir sehen das Rationabilitätsersfordernis⁷⁴⁾ nicht mehr als eine gesondert zu fordernde Voraussetzung an, sondern lehnen bereits das Vorliegen einer Rechtsüberzeugung ab, wenn Gegenstand der angeblichen *opinio necessitatis* eine Norm ist, die mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung nicht in Einklang steht.⁷⁵⁾ Diese neuere Erkenntnis ist nicht nur von theoretischer, sondern auch von praktischer Bedeutung. Soll festgestellt werden, ob eine von den Rechtsgenossen ständig geübte Norm Gewohnheitsrecht geworden ist, so wird in der Regel zuerst zu

69) Vgl. Riezler, Rechtsgefühl S. 150 ; Kern S. 138 ; Coing, Grundsätze S. 121

70) Zu den sog. " ordnenden Regeln " gehören u. a. die Vorschriften über den Straßenverkehr, über Verjährungsfristen, über das Grundbuchwesen sowie das Wechselgesetz. So Henkel, Einführung S. 145 " Moralindifferente Normen " ; Radbruch, Rechtsphilosophie S. 172 " Richtungsnormen " ; Riezler, Rechtsgefühl S. 155 ; Dahm, Recht S. 46 f ; Coing, Haftung S. 62 ; Engisch, Rechtslücke S. 98

71) Codex iuris can. , Can. 27 und 28

72) Zweigert, S. 147

73) Boehmer, Grundlagen S. 203: In der gemeinrechtlichen Doktrin des 19. Jh. war die Lehre verbreitet, daß auch eine von der Rechtsüberzeugung getragene Übung dann kein Gewohnheitsrecht schaffen könne, wenn sie " illaudabilis " oder " irrationabilis " sei.

74) Max Rümelin, Kraft S. 62

75) Gmür, S. 37 ; Henkel, Einführung S. 61 ; Regelsberger, S. 97 ; Im Ergebnis auch von Wächter, S. 105 ff

prüfen sein, ob die Norm mit den Grundlagen eines materialen Rechtsstaates in Einklang zu bringen ist, da diese Untersuchung ohne größere soziologische Erhebungen oder Einholung von Auskünften durchzuführen ist. Besteht nämlich ein Widerspruch der angeblichen Rechtsüberzeugung mit rechtsstaatlichen Mindestanforderungen, so erübrigen sich die oftmals kostspieligen Untersuchungen über die Handhabung der angeblichen Norm im Rechtsleben. ⁷⁶⁾

§ 6 Das Irrtumsproblem

Nach heute allseits geteilter Rechtsauffassung ⁷⁷⁾ ist es für die Qualität einer Rechtsnorm unerheblich, aus welchen inneren Motiven sie von den Rechtsgenossen befolgt wird. ⁷⁸⁾ Es reicht aus, daß sich der Rechtsgenosse vorstellt, die Rechtsordnung verlange die Befolgung der Vorschrift und die Norm als solche laufe nicht den materialen Erfordernissen dieser Ordnung zuwider. Aus dieser Erkenntnis folgt, daß die irrümliche allgemeine Annahme der Rechtsgenossen, sie befolgten eine Gesetzesnorm, obwohl es sich wegen förmlichen Außerkrafttretens des Gesetzes allenfalls um eine Gewohnheitsrechtsnorm handeln kann, für die Rechtsqualität der Norm ohne Bedeutung ist. ⁷⁹⁾

§ 7 Die Träger des Rechtsgeltungswillens

Als Träger der opinio necessitatis kommen einmal die Rechtsgenossen und zum anderen die Rechtsanwendungsorgane in Betracht. Wegen der in

76) Vgl. auch Simonius, Lex S. 32

77) In der Gewohnheitsrechtslehre, insbesondere des 19. Jh. war das Irrtumsproblem dagegen stark umstritten. Vgl. Zitelmann, S. 323 und die dort zitierte Literatur.

78) Dölle, S. 42 ; von Gierke, S. 167

79) Max Rümelin, Rechtssicherheit S. 19; RGR -Komm., Einleitung, Anm. 6 ; von Wächter, S. 104 ; Enneccerus-Nipperdey, S. 269 f

Art. 20 GG getroffenen Verfassungsentscheidung für die Demokratie, zu der auch die sogenannte Volkssouveränität gehört ⁸⁰⁾, kann aber das entscheidende Gewicht bei der Gewohnheitsrechtsbildung nur bei der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen liegen. Die von Hesse ⁸¹⁾ gemachten Ausführungen zum Gesetzgebungsverfahren in der Demokratie der Bundesrepublik haben gleiche Bedeutung für die Gewohnheitsrechtsbildung. Auch hier gilt der Satz, daß alle staatliche Gewalt nicht Herrschaft aus eigenem Recht, sondern vom Volke anvertraute und dem Volke verantwortliche Herrschaft sein muß. Auch die Gewohnheitsrechtsbildung unterliegt als Herrschaftsausübung der Kritik und der Kontrolle des Volkes. Nur " das dem demokratischen Verfahren der Gesetzgebung angenäherte Verfahren der Gewohnheitsrechtsbildung, das einen freien politischen Willensbildungsprozess garantiert, der sich in voller Publizität vollzieht, verbürgt eine optimale Berücksichtigung sowie einen optimalen Ausgleich der unterschiedlichen Bestrebungen der Rechtsgenossen " ⁸²⁾, nur eine solche Gewohnheitsrechtsentwicklung vermag " ein optimales Maß realer Selbstbestimmung, realer Freiheit und Gleichheit zu gewährleisten ". ⁸³⁾ Allein die im Laufe der Zeit bei den Rechtsgenossen entstandene opinio necessitatis kann eine den betroffenen Rechtsgenossen gerechte Regelung schaffen und gleichzeitig die Übereinstimmung der Norm mit rechtsstaatlichen Prinzipien garantieren. ⁸⁴⁾ Denn daß die Volkssouveränität im Sinne des Grundgesetzes nicht nur als formales Ordnungsprinzip, sondern als "materielles legitimierendes Prinzip" zu verstehen ist, daß das GG eine inhaltlich wertgebundene Demokratie enthält, ist heute unbestritten. ⁸⁵⁾ Die Gewohnheitsrechtsbildung stellt somit einen verdeckten Fall unmittelbarer Demokratie dar.

80) Art. 20 Abs. 2 S. 1: " Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus ".

81) S. 55

82) Hesse, S. 188

83) Hesse, S. 55 f; ebenso zur " demokratischen Legitimation " Jahreiß, S. 85; Scheuner, S. 129 ff. Allgemein Bonner Komm., Art. 20 Anm. II, 1c; Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 30

84) Vgl. auch Wacke, S. 410 f

85) U. a. Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 45; Bonner Komm., Art 20 Anm. II, 2 c; von Mangoldt-Klein, Art. 20 S. 594

Diese Auffassung ist nicht unbestritten. Zwar besteht heute Einhelligkeit darüber, daß Träger des Rechtsgeltungswillens die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft sind, immer wieder wird aber die Meinung vertreten, daß die entscheidende Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht die Sanktionierung der Norm durch die Gerichte sei.⁸⁶⁾ Die Theorie vom Gewohnheitsrecht als richtergeschaffenem Recht ist neben der erwähnten Gestattungstheorie die andere Alternative der staatlichen Rechtsquellenlehre. Schreiber⁸⁷⁾, einer ihrer Vertreter, geht in der Begründung seiner Ansicht davon aus, daß die Gewohnheitsrechtsbildung nur einen vollständigen Rechtssatz, bestehend aus Verhaltensnorm und Sanktionsnorm, erfassen könne. Er folgert dann weiter, da nur die Organe der Rechtspflege, nicht aber die Rechtsgenossen selbst Sanktionen rechtlicher Art verhängen könnten, sei die Mitwirkung der Rechtsanwendungsorgane bei der Gewohnheitsrechtsbildung unerläßlich. Um die Unhaltbarkeit der These von Schreiber offen zu legen, braucht nicht auf den umstrittenen Begriff der Rechtsnorm, wie er von Schreiber⁸⁸⁾ vertreten wird, eingegangen zu werden. Die Lücke in Schreibers Argumentation liegt darin, daß er ohne nähere Begründung davon ausgeht, unselbständige Rechtsätze im Sinne von Larenz' Methodenlehre⁸⁹⁾ oder auch bloße Rechtsbegriffe könnten gewohnheitsrechtlich nicht gebildet werden. Entgegen Schreiber war hier schon weiter oben davon ausgegangen worden, daß alle Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB gewohnheitsrechtlich gebildet werden können. Weiter unten, bei der Besprechung der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁹⁰⁾, werden praktische Beispiele für sol-

86) Oertmann, Rechtsordnung, S. 18 f; Kiß, S. 486 und in der neueren Lehre u. a. Schreiber, S. 248, 249; RGR-Komm., Einleitung Anm. 6; Nickusch, S. 126

87) S. 249

88) Imperativentheorie, siehe S. 11

89) Vgl. oben S. 11

90) S. 76 ff

che Gewohnheitsrechtsbildungen zu zeigen sein. Die anderen Autoren, die diese Alternative der staatlichen Rechtsquellenlehre vertreten, verlangen die Mitwirkung der Gerichte aus Gründen der Rechtsklarheit. Diese Ansicht, deren Anliegen nicht von der Hand zu weisen ist, kann aber nicht dazu führen, der Rechtsprechung eine konstitutive Bedeutung bei der Gewohnheitsrechtsbildung einzuräumen.⁹¹⁾ Eine Gewohnheitsrechtsnorm kann bereits vorliegen, ohne daß jemals die Rechtsnorm von den staatlichen Organen sanktioniert wurde. Mit Recht weist Max Rümelin darauf hin⁹²⁾, daß gerade in den Fällen, in denen die allgemeine Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen besonders stark ist, die Gerichte gar nicht zur Entscheidung angerufen werden, da die Rechtsgenossen die Norm freiwillig befolgen. Diesen Normen die Eigenschaft von Gewohnheitsrechtssätzen abzusprechen, erscheint aber nicht gerechtfertigt.⁹³⁾ Es darf auch nicht übersehen werden, daß selbst eine ständige Rechtsprechung irren kann.⁹⁴⁾ Darüberhinaus bestünde die Gefahr, wollte man einer ständigen Rechtsprechung die Macht einräumen, den entscheidenden Beitrag zur Gewohnheitsrechtsbildung zu leisten, daß sie diese Befugnis mißbrauchen könnte - entweder aus eigenem Antrieb oder wegen eines zwingenden Einflusses von außen -, um trotz der bei den Rechtsgenossen herrschenden Rechtsüberzeugung und einer entsprechenden Übung die Entstehung von Gewohnheitsrecht zu verhindern.⁹⁵⁾ Die Mitwirkung der Rechtsanwendungs-

91) Vgl. dagegen unten S. 30 ff, insbesondere S. 34

92) Kraft S. 43 ff

93) Vgl. auch Spiro, S. 343 ; Simonius, Lex S. 39 ; Klein, F., zit. bei Jung, Wesen S. 178 : " Weit wichtiger als Hunderte von Rechtsanwendungen sind Millionen von Rechtsbefolgungen der Laien ".

94) Siehe die Rechtsprechung des RG in Strafsachen zum Problem des Irrtums, die wie wir wissen, "ebenso fest und ständig wie falsch gewesen ist", Eberhard Schmidt, Rechtsauffassung S. 272

95) A. A. wohl Marcic, S. 247 f

organe bei der Entwicklung eines Gewohnheitsrechtssatzes kann nur deklaratorischen Charakter haben.⁹⁶⁾ Auch die ständige Rechtsprechung bedarf der Anerkennung durch die allgemeine Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen, will sie Gewohnheitsrecht werden.⁹⁷⁾ Es ist nicht erforderlich, daß die Rechtsüberzeugung von jedem einzelnen Rechtsgenossen geteilt wird⁹⁸⁾, den die Norm unmittelbar angeht. Notwendig ist die Rechtsüberzeugung, die von der Überwiegenden Zahl der Rechtsgenossen getragen wird. Abweichende Meinungen einzelner sind unerheblich, soweit sie lediglich individuelle Rechtsmeinungen wiedergeben. Daß in der Praxis Schwierigkeiten auftreten können bei der Feststellung, wann es sich um abweichende individuelle Rechtsmeinungen handelt und von welcher Grenze ab diese Überzeugungen ein solches Ausmaß angenommen haben, daß sie nicht mehr als unerhebliche Mindermeinungen abgetan werden können, vermag die Richtigkeit der vertretenen Theorie nicht zu beeinträchtigen. Die These, Träger des Rechtsgeltungswillens seien alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, bedarf in gewissen Fällen einer Einschränkung. Die Rechtsnormen lassen sich nämlich auch danach einteilen, ob sie für alle Rechtsgenossen Bedeutung haben und aus diesem Grunde allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft bekannt sein müßten oder ob sie nur die Rechtssphäre bestimmter Kreise betreffen und deshalb in der Regel nur von diesen Kreisen gekannt werden.⁹⁹⁾ Als Beispiele für

96) Geiger, S. 182-185 ; Schweiz. Bundesgericht 85 I 88 ; 89 I 458

97) Enneccerus-Nipperdey, S. 265, 266 ; Max Rümelin, Kraft, S. 42 ; Egger, Art. 1 Anm. 28; de Boor, S. 17 ; Eberhard Schmidt, Rechtsauffassung S. 273 ; Paul, S. 23 f; Rölle, S. 29; Pommer, S. 53

98) Haff, S. 23 ; Regelsberger, S. 95

99) In diesem Zusammenhang braucht nicht auf das in der Literatur umstrittene Problem der Normadressaten eingegangen zu werden. Vgl. Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 132 ff. Auch die Ansicht Kaufmanns, daß sich die besonderen Normen ebenfalls an alle richten, wird nicht die im Rechtsleben immer wieder zu beobachtende Tatsache in Abrede stellen können, daß manche Rechtssätze allein wegen ihres Regelungsinhaltes nur einem begrenzten Kreis von Rechtsgenossen zugänglich sind, während die von der Norm nicht Betroffenen oftmals gar nichts von der Existenz eines solchen Rechtssatzes wissen.

Rechtssätze der zuerst genannten Art seien Regelungen über die Eheschließung und die Erbfolge genannt, als solche der zweiten Gruppe handelsrechtliche Sondergesetze.¹⁰⁰⁾ Haben aber nur die unmittelbar Betroffenen Kenntnis von dem Bestehen einer Rechtsnorm, so ist auch nur dieser Personenkreis in der Lage, neue Rechtsschöpfungen in diesen Materien auf ihre Auswirkungen im Rechtsleben hin zu beurteilen, was für die Bildung einer *opinio necessitatis* unerlässlich ist. Wollte man für die Gewohnheitsrechtsbildung in diesen Spezialmaterien die Rechtsüberzeugung des gesamten Volkes fordern, so wäre eine Gewohnheitsrechtsbildung in diesen Bereichen praktisch ausgeschlossen.¹⁰¹⁾ Mit einem solchen Ergebnis würde sich aber die Rechtstheorie über die Erscheinungsformen des praktischen Rechtslebens hinwegsetzen.¹⁰²⁾ Man wird infolgedessen bei rechtlichen Spezialmaterien eine allgemeine Rechtsüberzeugung schon dann als gegeben ansehen müssen, wenn die unmittelbar von der Norm Betroffenen den allgemeinen Rechtsgeltungswillen haben.

§ 8 Die Mitwirkung der Gerichte bei der Gewohnheitsrechtsbildung

Ist die Mitwirkung der Gerichte bei der Gewohnheitsrechtsbildung auch nicht konstitutiv, so fällt ihnen doch im allgemeinen die wichtige Aufgabe zu, die Existenz der Gewohnheitsrechtsnormen, insbesondere das Vorliegen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, festzustellen. Die Gerichte sind eher als der einzelne Rechtsgenosse in der Lage, nachzuprüfen, ob die Übung der Rechtsgenossen auf freier allgemeiner Rechtsüberzeugung beruht. Die Vorbildung ihrer Mitglieder setzt die Gerichte eher in den Stand zu untersuchen, ob die Norm mit den elementaren Sätzen eines Rechtsstaates in Einklang steht.¹⁰³⁾ Die Schwierigkeit der

100) Dölle, S. 42; von Gierke, S. 109; Boehmer, Grundlagen, S. 201 ff; Zweigert, S. 116

101) Windscheid-Kipp, S. 81; auch Regelsberger, S. 95 stimmt dieser Auffassung zu.

102) Schreiber, S. 247 f

103) Larenz, Methodenlehre, S. 270, 271

Feststellung der opinio necessitatis beruht darauf, daß die Rechtsüberzeugung nicht unmittelbar wahrnehmbar ist. Wer das Vorhandensein der opinio necessitatis untersuchen will, ist darauf angewiesen, aus den Übungen und den Meinungsäußerungen der Rechtsgenossen Schlüsse auf ihr Vorliegen zu ziehen. Eine echte Rechtsüberzeugung ist nicht gleichbedeutend mit der geäußerten öffentlichen Meinung der von der Regelung Betroffenen. Sie ist das " Urteil einer gleichsam neutralen Instanz ". ¹⁰⁴⁾ Ihr Inhalt ist stets derselbe, gleichgültig, ob die Rechtsüberzeugung von einem geäußert wird, dem die neue Regelung eine Pflicht auferlegt, oder von einem, dem die Vorschrift ein Recht einräumt. ¹⁰⁵⁾ ¹⁰⁶⁾ Der bloßen Volksmeinung, die gefühlsmäßigen Aufwallungen ausgesetzt ist, fehlt das der echten Rechtsüberzeugung eigene Abwägen der in der Norm geregelten Interessen ¹⁰⁷⁾ und die verständige Einsicht in die zu regelnden Sachverhalte. Bader ¹⁰⁸⁾ und Less ¹⁰⁹⁾ haben diese These mit eigenen Beobachtungen untermauert. ¹¹⁰⁾ Der Nachweis der Rechtsüberzeugung kann sich noch schwieriger gestalten, wenn untersucht werden soll, ob in einem begrenzten Kreise von Rechtsgenossen eine eine Spezialmaterie betreffende

104) Brunner, S. 75 ; von Wächter, S. 104

105) Schreiber, S. 248

106) Denn " mutatis mutandis fühlen sich mehr oder weniger alle Rechtsgenossen durch neue Belastungen ungerecht verpflichtet ". Boehmer, Grundlagen S. 203

107) Riezler, Rechtsgefühl, S. 160; Paul, S. 75; Hennis, S. 32 ff

108) Todesstrafe, S. 759

109) S. 92

110) Der erste stellte fest, daß im Parlament Anträge auf Wiedereinführung der Todesstrafe wiederholt unmittelbar nach der Aufdeckung von Kapitalverbrechen gestellt worden sind, in einem Zeitpunkt also, als noch emotionale Entrüstung über das Geschehene vorherrschte; der zweite beobachtete, daß in der Schweiz im Jahre 1949 aus Verärgerung über das Parlament durch Volksabstimmung verworfen wurden einmal die von der Volksvertretung gebilligte Einführung einer regelmäßigen Zwangsdurchleuchtung der Bevölkerung im Kampf gegen die Tuberkulose und zum anderen die Legalisierung der seit den Krisenjahren auf dem Wege des Notrechts geübten Ausschaltung der Geldeinlösungspflicht der Nationalbank.

opinio necessitatis vorherrschend ist. Denn eine begrenzte Anzahl von Rechtsgenossen ist in stärkerem Maße der Gefahr ausgesetzt, von wirtschaftlich mächtigeren Gruppen in ihrem Verhalten und in der Bildung ihrer Rechtsüberzeugung beeinflusst zu werden als die Gesamtheit der Rechtsgenossen. Dies kann u. U. soweit gehen, daß eine freie Rechtsüberzeugung gar nicht gebildet werden kann.¹¹¹⁾ Zur Feststellung einer echten opinio necessitatis bedarf es zwar des Eingehens auf die Übung und die Meinungsäußerungen des Volkes, diese Anhaltspunkte müssen aber einer kritischen Wertung unterzogen werden, um Aufschlüsse über die Rechtsüberzeugung "aller billig und gerecht denkenden Rechtsgenossen" zu geben.¹¹²⁾ Die soziologischen Untersuchungsmethoden, insbesondere die Demoskopie, können, da sie nur Beobachtungen des Faktischen wiedergeben, der Gewohnheitsrechtssatz aber etwas Normatives ist, allenfalls Indizien für eine vorhandene Rechtsüberzeugung liefern.¹¹³⁾ Die Kenntnis der Übung und der Meinungsäußerungen erhält das Gericht aufgrund eigener Erfahrungen, aus demoskopischen Erhebungen oder durch die Einholung anderer Auskünfte. Besteht Sicherheit über das Vorhandensein einer Übung der Rechtsgenossen, so muß alsdann die darin zum Ausdruck kommende angebliche Rechtsüberzeugung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Rechtsstaates überprüft werden.¹¹⁴⁾ Im Anschluß daran wird zu untersuchen sein, ob die Rechtsüberzeugung auch allgemein geteilt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, daß den Überzeugungen, die von den durch die neue Norm Begünstigten geäußert werden, ein anderes Gewicht zukommt, als denjenigen

111) Larenz, Methodenlehre, S. 270. Daß die opinio necessitatis nur in einem freien Willensbildungsprozeß entstehen kann, der sich in voller Publizität vollzieht, fordert schon das demokratische Prinzip der Verfassung. Zur Parallele mit dem Gesetzgebungsverfahren siehe Hesse, S. 188

112) Larenz, Methodenlehre, S. 270; Max Rümelin, Kraft, S. 43-45. Zum geringen Aussagewert der Meinungsforschungsergebnisse in diesem Zusammenhang Hennis, S. 32 ff, 40

113) Ross, S. 189, 291; Geiger, S. 385; vgl. auch Bader, Todesstrafe, S. 759

114) Vgl. oben S. 14 f

Äußerungen, die von Rechtsgenossen herrühren, die durch den neuen Rechtssatz belastet werden.¹¹⁵⁾ Diese nicht zu verkennende Schwierigkeit bei der Tätigkeit der Rechtsanwendungsorgane kann aber nicht dazu führen, ihr bei der Gewohnheitsrechtsbildung eine konstitutive Bedeutung zuzusprechen. Die anzustellende Prüfung und die damit verbundenen Schwierigkeiten betreffen nur die Feststellbarkeit des Gewohnheitsrechtes, nicht aber das Gewohnheitsrecht selbst. Die Rechtsanwendungsorgane dürfen sich auch nicht ohne weiteres über die Ergebnisse demoskopischer Untersuchungen hinwegsetzen, wenn diese beispielsweise ergeben haben, daß der Großteil der Bevölkerung ein formal bestehendes Gesetz als nicht mehr anwendbar ansieht. Wollen die Rechtsanwendungsorgane in diesem Falle die Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes ablehnen, so können sie es nur mit der Begründung tun, daß die ermittelten Meinungsäußerungen aus näher anzugebenden Gründen nicht als echte *opinio necessitatis* angesehen werden können. Es handelt sich hier um eine Frage der Anwendung von Rechtsnormen, die im Instanzenweg nachprüfbar ist. Die Untersuchung, ob die durch demoskopische Erhebungen festgestellten Ansichten der Rechtsgenossen eine allgemeine Rechtsüberzeugung darstellen, kann nicht nur von den Gerichten und Verwaltungsbehörden, sondern von jedem durchgeführt werden, der weiß, welche Anforderungen an die *opinio necessitatis* zu stellen sind. Die unrichtige Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsnorm durch die Rechtsanwendungsorgane vermag an der Existenz oder Nichtexistenz einer solchen Norm nichts zu ändern.

§ 9 Der Regelungsgegenstand

Aus der Rechtsauffassung, daß es keine Gewohnheitsrechtsbildung gibt, die nicht von der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen getragen wird¹¹⁶⁾, folgt andererseits die Notwendigkeit einer Beschränkung

115) Siehe S. 21 Fußn. 106

116) Vgl. oben S. 16 ff

des möglichen Inhaltes der Gewohnheitsrechtssätze. Im Wege des Gewohnheitsrechtes können Vorschriften nicht gebildet werden, die dem juristischen Laien wegen seiner mangelnden Vorbildung nicht verständlich sind. Unter diese Kategorie fallen die in wissenschaftlichen Untersuchungen erarbeiteten Rechtssätze. In der Regel wird es sich um Rechtsnormen handeln, die in der Absicht geschaffen wurden, dem Richter die Urteilsfindung im konkreten Falle zu erleichtern und den Rechtsgenossen auf diese Art eine billige und gerechte Normanwendung durch die Gerichte zu garantieren.¹¹⁷⁾ Größtenteils faßte man früher die Rechtsfindungen dieser Art unter dem Begriff des erläuternden Gewohnheitsrechtes zusammen.¹¹⁸⁾ Die heute herrschende Auffassung hat diesen Begriff allerdings fallengelassen, was darin zum Ausdruck kommt, daß der Begriff in den führenden Kommentaren nicht mehr erwähnt wird.

B. Die Übung

§ 10 Die Bedeutung der Übung

Die Übung hat ähnlich wie die *opinio necessitatis* verschiedene Funktionen zu erfüllen, je nachdem in welcher Zustandsphase sich der Gewohnheitsrechtssatz befindet.¹¹⁹⁾ Die Übung ermöglicht es der Rechtsüberzeugung, nach außen, für die anderen Rechtsgenossen erkennbar, in Erscheinung zu treten. Am Anfang der Gewohnheitsrechtsbildung macht die Übung die individuellen Rechtsvorstellungen der einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft den anderen Rechtsgenossen bekannt, später werden die einzelnen Überzeugungen, die Regelung sollte Recht sein, auf die gleiche Art publiziert.¹²⁰⁾ Die Rechtsgenossen stimmen den Vorstellungen in dem einen

117) Riezler, Rechtsgefühl, S. 151; Larenz, Methodenlehre, S. 272

118) Simonius, Lex S. 21, 22; Egger, Art 1 Anm. 30

119) Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey, S. 266; von Gierke, S. 172

120) Vgl. oben S. 10

Fälle zu und lehnen sie in einem anders gelagerten Falle ab. ¹²¹⁾

Auch die Billigung und der Widerspruch geschieht in der Form der Übung.

Es ist eine im Rechtsleben immer wieder zu beobachtende Tatsache, daß Rechtsgenossen und Rechtsanwendungsorgane sich darauf beschränken, nur die jeweils anstehenden Einzelfälle rechtlich verbindlich zu regeln. ¹²²⁾

Aus diesem Grund muß sich die Übung über eine gewisse Dauer erstrecken, damit sich aus den Einzelfällen mit ihren Besonderheiten ein verallgemeinerungsfähiger Norminhalt herausarbeiten läßt, der sich seinerseits von anderen Normierungen durch eindeutige Merkmale abgrenzen läßt. ^{122a)}

Hat die Übung einen gewissen Umfang erreicht und hat sich eine Gleichförmigkeit in dem Verhalten der Rechtsgenossen wie auch in den entsprechenden Stellungnahmen der Anwendungsorgane ausgebildet, so kann eine generelle und abstrakte Rechtsnorm fest bestimmten Inhaltes abgelesen werden. Es ist ein Rechtssatz entstanden, der allen Anforderungen, die die allgemeine Rechtslehre bezüglich der formalen Ausgestaltung fordert, genügt : Die Gewohnheitsrechtsnorm befindet sich in der zweiten Zustandsphase, die in dem Rechtssatz festgelegten Rechte und Pflichten sind eindeutig normiert.

121) Die Rechtsüberzeugung erfährt ihre Bewährung in der Übung
Schönke, Einführung S. 13 f; Larenz, Methodenlehre, S. 270, 271

122) Spiro, S. 292 f: " Es besteht die ungeschriebene, aber anerkannte Regel, daß der Richter nur über das Minimum der zur Entscheidung des Streitfalles nötigen Fragen zu urteilen hat; das entspricht auch dem Grundsatz der Prozeßökonomie und ist die logische Konsequenz der richterlichen Aufgabe." Ebenso Germann, Probleme S. 229 ; Bender, S. 593; siehe auch Radbruchs Aussagen über die Präjudizienbildung im englischen Recht - Geist S. 45 f : " Der in einem Präjudiz ausgesprochene Rechtssatz ist für die Folge nur insoweit verbindlich, als er zur Entscheidung des damaligen Rechtsfalles notwendig war ".

122a) Gmür, S. 21 und 41, 42; siehe auch Rehfeldt, Wurzeln S. 8

In der zweiten Zustandsphase hat die Übung die Funktion, Anhaltspunkte für die Existenz des Gewohnheitsrechtssatzes zu sein. ¹²³⁾

Die Übungen der Rechtsgenossen und Rechtsanwendungsorgane sind Erkenntnismittel für das Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsnorm. ¹²⁴⁾

Auch im Bereich der Übung ist die Mitwirkung der Anwendungsorgane bei der Gewohnheitsrechtsbildung nicht ohne Bedeutung. Vor allem ist die Übung einer Gewohnheitsrechtsnorm durch Richter und Verwaltungsbeamte augenfälliger als die Übung der Rechtsgenossen. Während sich die Rechtsanwendungsorgane in ihren Entscheidungen ausdrücklich auf einen Satz des Gewohnheitsrechtes berufen, erfolgt die Normbefolgung durch die Rechtsgenossen in der Regel stillschweigend. ¹²⁵⁾ Die Übung der Rechtsanwendungsorgane kann erst zu einer Gewohnheitsrechtsbildung führen, wenn die gleichförmige Praxis eine allgemeine Rechtsüberzeugung und eine entsprechende Übung bei den Rechtsgenossen hervorgerufen hat. ¹²⁶⁾

Die Rechtsgenossen folgen der Übung in diesem Falle nicht, weil sie sich an die Autorität der Gerichte gebunden fühlen ¹²⁷⁾, sondern weil sie von der Bindung dieser Organe an Gesetz und Recht wissen und weil sie " bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre " in der Übung dieser Organe keinen Verstoß gegen elementare Rechtsgrundsätze erblicken konnten.

123) Vgl. auch Ferdinand Esser, S. 57

124) Puchta, Teil II S. 79-85; von Wächter, S. 104; Brie, S. 12

125) Geiger, S. 188

126) Mittermaier, S. 420; Max Rümelin, Kraft, S. 322, 325 Fußn. 176; " Diese Wirkung geschieht durch jede Publikation der Rechtssprechungspraxis; auch dort, wo sie nichts Neues bringt, leistet sie eine Arbeit im Dienste der Rechtsklarheit, Rechtsbestimmtheit und Rechtssicherheit ".

127) Oertmann, Rechtsordnung S. 17; Wackernagel, S. 362 f; Geiger, S. 185; Simonius, Lex S. 52, 57, 58

§ 11 Die Feststellbarkeit der Übung

Die Feststellung der bei den Rechtsgenossen gehandhabten Praxis bietet keine größeren Schwierigkeiten. Nicht einfach ist dagegen im Regelfalle die Untersuchung, ob die festgestellte Übung den Schluß auf das Vorliegen einer *opinio necessitatis* zuläßt. Denn es ist unbestritten, daß Verstöße gegen bestehende Gesetze allein, – und seien sie noch so zahlreich, – die rechtliche Verbindlichkeit der mißachteten Vorschriften nicht beeinträchtigen können. Zur Beantwortung der Frage, ob eine in großer Anzahl zu beobachtende, die Gesetze außer acht lassende Übung zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt hat, bedarf es der gleichen wertenden Prüfung der Erscheinungen des Rechtslebens, wie bei der Erörterung der Frage, inwieweit Meinungsäußerungen der Rechtsgenossen eine echte allgemeine Rechtsüberzeugung darstellen.¹²⁸⁾

§ 12 Die Dauer der Übung

Das kanonische Recht setzte aus Gründen der Rechtssicherheit für die zeitliche Dauer der Übung ein bestimmtes Minimum von Jahren fest. Es verlangte, daß "Gewohnheitsrecht, das dem Inhalt einer kanonischen Vorschrift widerstreitet, die gesetzliche Verjährungsfrist von 40 Jahren bestanden haben müsse".¹²⁹⁾ – Auf der anderen Seite wird vereinzelt in der neueren Literatur die Auffassung vertreten, auf das Erfordernis einer langen Dauer der Übung könne in der heutigen Zeit verzichtet werden. Die erforderliche Dauer der Übung hänge allein davon ab, wann bei den Rechtsgenossen eine allgemeine Rechtsüberzeugung entstanden sei. Durch die Möglichkeiten der Publikationstechnik sowie durch die zu beobachtende Autorität der Obergerichte müsse es möglich sein, daß gut begründete Urteile der Oberen Gerichte schon in kurzer Zeit eine Übung und eine entsprechende Rechtsüberzeugung bei den Rechtsgenossen hervorriefen.¹³⁰⁾

128) S. 22 f

129) Codex iuris can., Can 27 § 1, 28, 30

130) Max Rümelin, Kraft, S. 160; Boehmer, Grundlagen S. 200 f

Nach heute allgemein geteilter Erkenntnis in der Wissenschaft kann in keinem Falle mit letzter Sicherheit gesagt werden, zu welchem Zeitpunkt die Entwicklung zu einem Gewohnheitsrechtssatz abgeschlossen und eine bindende Rechtsnorm entstanden ist.¹³¹⁾ Es lassen sich keine

festen, jeden Fall möglicher Gewohnheitsrechtsbildung erfassenden Regeln dafür aufstellen, welche Anzahl von Übungen und welche Dauer für das Entstehen eines Gewohnheitsrechtssatzes notwendig sind.¹³²⁾

Das Erfordernis der Dauer der Übung läßt sich nur dahingehend festlegen, daß sich das rechtliche Bewußtsein in so vielfachen, unzweideutigen Handlungen und in so langer fortgesetzter, im ganzen gleichförmiger Handlungsweise geäußert haben muß, daß es unwahrscheinlich ist, daß es nicht von den Rechtsgenossen allgemein geteilt wird.^{133) 134)}

C. Gewohnheitsrecht und Richterrecht

§ 13 Das Gewohnheitsrecht eine echte Rechtsquelle

Der Begriff der Rechtsquelle ist heute einer der umstrittensten Begriffe in der Rechtslehre.¹³⁵⁾ Ausgewert hat der Begriff für die vorliegende Arbeit nur, wenn er so gefaßt wird, daß er Antwort auf die Frage gibt, ob das Gewohnheitsrecht die gleiche Geltungskraft hat wie eine Gesetznorm im formellen und materiellen Sinne. Hierbei kann die Gewohnheits-

131) Brunner, S. 75 ; Puchta, Teil II, S. 79 ff

132) Windscheid-Kipp, S. 85 f; von Gierke, S. 172; Sturm, S. 208 ;
Germann, Probleme S. 137 mit einem Rechtsprechungsüberblick
über das Schweiz. BG.

133) Von Wächter, S. 105

134) Dazu, daß die mit dieser Definition hervorgerufene Rechtsunsicherheit in Kauf genommen werden muß, vgl. unten S. 94 ff, insbes. S. 96

135) Vgl. einmal die Zusammenstellung der verschiedensten Rechtsquellendefinitionen bei Nickusch, S. 87 ff, und zum anderen den Ausspruch von William Seagle, der angesichts der Vielzahl der Begriffe statt von den "Quellen des Rechts" von den "Quellen der Verwirrung" spricht, - zit. bei Nickusch, S. 88

Feststellung der opinio necessitatis beruht darauf, daß die Rechtsüberzeugung nicht unmittelbar wahrnehmbar ist. Wer das Vorhandensein der opinio necessitatis untersuchen will, ist darauf angewiesen, aus den Übungen und den Meinungsäußerungen der Rechtsgenossen Schlüsse auf ihr Vorliegen zu ziehen. Eine echte Rechtsüberzeugung ist nicht gleichbedeutend mit der geäußerten öffentlichen Meinung der von der Regelung Betroffenen. Sie ist das " Urteil einer gleichsam neutralen Instanz ". ¹⁰⁴⁾ Ihr Inhalt ist stets derselbe, gleichgültig, ob die Rechtsüberzeugung von einem geäußert wird, dem die neue Regelung eine Pflicht auferlegt, oder von einem, dem die Vorschrift ein Recht einräumt. ¹⁰⁵⁾ ¹⁰⁶⁾ Der bloßen Volksmeinung, die gefühlsmäßigen Aufwallungen ausgesetzt ist, fehlt das der echten Rechtsüberzeugung eigene Abwägen der in der Norm geregelten Interessen ¹⁰⁷⁾ und die verständige Einsicht in die zu regelnden Sachverhalte. Bader ¹⁰⁸⁾ und Less ¹⁰⁹⁾ haben diese These mit eigenen Beobachtungen untermauert. ¹¹⁰⁾ Der Nachweis der Rechtsüberzeugung kann sich noch schwieriger gestalten, wenn untersucht werden soll, ob in einem begrenzten Kreise von Rechtsgenossen eine eine Spezialmaterie betreffende

104) Brunner, S. 75 ; von Wächter, S. 104

105) Schreiber, S. 248

106) Denn " mutatis mutandis fühlen sich mehr oder weniger alle Rechtsgenossen durch neue Belastungen ungerecht verpflichtet ". Boehmer, Grundlagen S. 203

107) Riezler, Rechtsgefühl, S. 160; Paul, S. 75; Hennis, S. 32 ff

108) Todesstrafe, S. 759

109) S. 92

110) Der erste stellte fest, daß im Parlament Anträge auf Wiedereinführung der Todesstrafe wiederholt unmittelbar nach der Aufdeckung von Kapitalverbrechen gestellt worden sind, in einem Zeitpunkt also, als noch emotionale Entrüstung über das Geschehene vorherrschte; der zweite beobachtete, daß in der Schweiz im Jahre 1949 aus Verärgerung über das Parlament durch Volksabstimmung verworfen wurden einmal die von der Volksvertretung gebilligte Einführung einer regelmäßigen Zwangsdurchleuchtung der Bevölkerung im Kampf gegen die Tuberkulose und zum anderen die Legalisierung der seit den Krisenjahren auf dem Wege des Notrechts geübten Ausschaltung der Geldeinlösungspflicht der Nationalbank.

opinio necessitatis vorherrschend ist. Denn eine begrenzte Anzahl von Rechtsgenossen ist in stärkerem Maße der Gefahr ausgesetzt, von wirtschaftlich mächtigeren Gruppen in ihrem Verhalten und in der Bildung ihrer Rechtsüberzeugung beeinflusst zu werden als die Gesamtheit der Rechtsgenossen. Dies kann u. U. soweit gehen, daß eine freie Rechtsüberzeugung gar nicht gebildet werden kann.¹¹¹⁾ Zur Feststellung einer echten opinio necessitatis bedarf es zwar des Eingehens auf die Übung und die Meinungsäußerungen des Volkes, diese Anhaltspunkte müssen aber einer kritischen Wertung unterzogen werden, um Aufschlüsse über die Rechtsüberzeugung "aller billig und gerecht denkenden Rechtsgenossen" zu geben.¹¹²⁾ Die soziologischen Untersuchungsmethoden, insbesondere die Demoskopie, können, da sie nur Beobachtungen des Faktischen wiedergeben, der Gewohnheitsrechtssatz aber etwas Normatives ist, allenfalls Indizien für eine vorhandene Rechtsüberzeugung liefern.¹¹³⁾ Die Kenntnis der Übung und der Meinungsäußerungen erhält das Gericht aufgrund eigener Erfahrungen, aus demoskopischen Erhebungen oder durch die Einholung anderer Auskünfte. Besteht Sicherheit über das Vorhandensein einer Übung der Rechtsgenossen, so muß alsdann die darin zum Ausdruck kommende angebliche Rechtsüberzeugung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Rechtsstaates überprüft werden.¹¹⁴⁾ Im Anschluß daran wird zu untersuchen sein, ob die Rechtsüberzeugung auch allgemein geteilt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, daß den Überzeugungen, die von den durch die neue Norm Begünstigten geäußert werden, ein anderes Gewicht zukommt, als denjenigen

111) Larenz, Methodenlehre, S. 270. Daß die opinio necessitatis nur in einem freien Willensbildungsprozeß entstehen kann, der sich in voller Publizität vollzieht, fordert schon das demokratische Prinzip der Verfassung. Zur Parallele mit dem Gesetzgebungsverfahren siehe Hesse, S. 188

112) Larenz, Methodenlehre, S. 270; Max Rümelin, Kraft, S. 43-45. Zum geringen Aussagewert der Meinungsforschungsergebnisse in diesem Zusammenhang Hennis, S. 32 ff, 40

113) Ross, S. 189, 291; Geiger, S. 385; vgl. auch Bader, Todesstrafe, S. 759

114) Vgl. oben S. 14 f

Äußerungen, die von Rechtsgenossen herrühren, die durch den neuen Rechtssatz belastet werden.¹¹⁵⁾ Diese nicht zu verkennende Schwierigkeit bei der Tätigkeit der Rechtsanwendungsorgane kann aber nicht dazu führen, ihr bei der Gewohnheitsrechtsbildung eine konstitutive Bedeutung zuzusprechen. Die anzustellende Prüfung und die damit verbundenen Schwierigkeiten betreffen nur die Feststellbarkeit des Gewohnheitsrechtes, nicht aber das Gewohnheitsrecht selbst. Die Rechtsanwendungsorgane dürfen sich auch nicht ohne weiteres über die Ergebnisse demoskopischer Untersuchungen hinwegsetzen, wenn diese beispielsweise ergeben haben, daß der Großteil der Bevölkerung ein formal bestehendes Gesetz als nicht mehr anwendbar ansieht. Wollen die Rechtsanwendungsorgane in diesem Falle die Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes ablehnen, so können sie es nur mit der Begründung tun, daß die ermittelten Meinungsäußerungen aus näher anzugebenden Gründen nicht als echte *opinio necessitatis* angesehen werden können. Es handelt sich hier um eine Frage der Anwendung von Rechtsnormen, die im Instanzenweg nachprüfbar ist. Die Untersuchung, ob die durch demoskopische Erhebungen festgestellten Ansichten der Rechtsgenossen eine allgemeine Rechtsüberzeugung darstellen, kann nicht nur von den Gerichten und Verwaltungsbehörden, sondern von jedem durchgeführt werden, der weiß, welche Anforderungen an die *opinio necessitatis* zu stellen sind. Die unrichtige Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsnorm durch die Rechtsanwendungsorgane vermag an der Existenz oder Nichtexistenz einer solchen Norm nichts zu ändern.

§ 9 Der Regelungsgegenstand

Aus der Rechtsauffassung, daß es keine Gewohnheitsrechtsbildung gibt, die nicht von der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen getragen wird¹¹⁶⁾, folgt andererseits die Notwendigkeit einer Beschränkung

115) Siehe S. 21 Fußn. 106

116) Vgl. oben S. 16 ff

des möglichen Inhaltes der Gewohnheitsrechtssätze. Im Wege des Gewohnheitsrechtes können Vorschriften nicht gebildet werden, die dem juristischen Laien wegen seiner mangelnden Vorbildung nicht verständlich sind. Unter diese Kategorie fallen die in wissenschaftlichen Untersuchungen erarbeiteten Rechtssätze. In der Regel wird es sich um Rechtsnormen handeln, die in der Absicht geschaffen wurden, dem Richter die Urteilsfindung im konkreten Falle zu erleichtern und den Rechtsgenossen auf diese Art eine billige und gerechte Normanwendung durch die Gerichte zu garantieren.¹¹⁷⁾ Größtenteils faßte man früher die Rechtsfindungen dieser Art unter dem Begriff des erläuternden Gewohnheitsrechtes zusammen.¹¹⁸⁾ Die heute herrschende Auffassung hat diesen Begriff allerdings fallengelassen, was darin zum Ausdruck kommt, daß der Begriff in den führenden Kommentaren nicht mehr erwähnt wird.

B. Die Übung

§ 10 Die Bedeutung der Übung

Die Übung hat ähnlich wie die *opinio necessitatis* verschiedene Funktionen zu erfüllen, je nachdem in welcher Zustandsphase sich der Gewohnheitsrechtssatz befindet.¹¹⁹⁾ Die Übung ermöglicht es der Rechtsüberzeugung, nach außen, für die anderen Rechtsgenossen erkennbar, in Erscheinung zu treten. Am Anfang der Gewohnheitsrechtsbildung macht die Übung die individuellen Rechtsvorstellungen der einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft den anderen Rechtsgenossen bekannt, später werden die einzelnen Überzeugungen, die Regelung sollte Recht sein, auf die gleiche Art publiziert.¹²⁰⁾ Die Rechtsgenossen stimmen den Vorstellungen in dem einen

117) Riezler, Rechtsgefühl, S. 151; Larenz, Methodenlehre, S. 272

118) Simonius, Lex S. 21, 22; Egger, Art 1 Anm. 30

119) Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey, S. 266; von Gierke, S. 172

120) Vgl. oben S. 10

Fälle zu und lehnen sie in einem anders gelagerten Falle ab. ¹²¹⁾

Auch die Billigung und der Widerspruch geschieht in der Form der Übung. Es ist eine im Rechtsleben immer wieder zu beobachtende Tatsache, daß Rechtsgenossen und Rechtsanwendungsorgane sich darauf beschränken, nur die jeweils anstehenden Einzelfälle rechtlich verbindlich zu regeln. ¹²²⁾

Aus diesem Grund muß sich die Übung über eine gewisse Dauer erstrecken, damit sich aus den Einzelfällen mit ihren Besonderheiten ein verallgemeinerungsfähiger Norminhalt herausarbeiten läßt, der sich seinerseits von anderen Normierungen durch eindeutige Merkmale abgrenzen läßt. ^{122a)}

Hat die Übung einen gewissen Umfang erreicht und hat sich eine Gleichförmigkeit in dem Verhalten der Rechtsgenossen wie auch in den entsprechenden Stellungnahmen der Anwendungsorgane ausgebildet, so kann eine generelle und abstrakte Rechtsnorm fest bestimmten Inhaltes abgelesen werden. Es ist ein Rechtssatz entstanden, der allen Anforderungen, die die allgemeine Rechtslehre bezüglich der formalen Ausgestaltung fordert, genügt : Die Gewohnheitsrechtsnorm befindet sich in der zweiten Zustandsphase, die in dem Rechtssatz festgelegten Rechte und Pflichten sind eindeutig normiert.

121) Die Rechtsüberzeugung erfährt ihre Bewährung in der Übung
Schönke, Einführung S. 13 f; Larenz, Methodenlehre, S. 270, 271

122) Spiro, S. 292 f; " Es besteht die ungeschriebene, aber anerkannte Regel, daß der Richter nur über das Minimum der zur Entscheidung des Streitfalles nötigen Fragen zu urteilen hat; das entspricht auch dem Grundsatz der Prozeßökonomie und ist die logische Konsequenz der richterlichen Aufgabe." Ebenso Germann, Probleme S. 229 ; Bender, S. 593; siehe auch Radbruchs Aussagen über die Präjudizienbildung im englischen Recht - Geist S. 45 f : " Der in einem Präjudiz ausgesprochene Rechtssatz ist für die Folge nur insoweit verbindlich, als er zur Entscheidung des damaligen Rechtsfalles notwendig war ".

122a) GmÜr, S. 21 und 41, 42; siehe auch Rehfeldt, Wurzeln S. 8

In der zweiten Zustandsphase hat die Übung die Funktion, Anhaltspunkte für die Existenz des Gewohnheitsrechtssatzes zu sein. ¹²³⁾

Die Übungen der Rechtsgenossen und Rechtsanwendungsorgane sind Erkenntnismittel für das Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsnorm. ¹²⁴⁾

Auch im Bereich der Übung ist die Mitwirkung der Anwendungsorgane bei der Gewohnheitsrechtsbildung nicht ohne Bedeutung. Vor allem ist die Übung einer Gewohnheitsrechtsnorm durch Richter und Verwaltungsbeamte augenfälliger als die Übung der Rechtsgenossen. Während sich die Rechtsanwendungsorgane in ihren Entscheidungen ausdrücklich auf einen Satz des Gewohnheitsrechtes berufen, erfolgt die Normbefolgung durch die Rechtsgenossen in der Regel stillschweigend. ¹²⁵⁾ Die Übung der Rechtsanwendungsorgane kann erst zu einer Gewohnheitsrechtsbildung führen, wenn die gleichförmige Praxis eine allgemeine Rechtsüberzeugung und eine entsprechende Übung bei den Rechtsgenossen hervorgerufen hat. ¹²⁶⁾

Die Rechtsgenossen folgen der Übung in diesem Falle nicht, weil sie sich an die Autorität der Gerichte gebunden fühlen ¹²⁷⁾, sondern weil sie von der Bindung dieser Organe an Gesetz und Recht wissen und weil sie " bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre " in der Übung dieser Organe keinen Verstoß gegen elementare Rechtsgrundsätze erblicken konnten.

123) Vgl. auch Ferdinand Esser, S. 57

124) Puchta, Teil II S. 79-85; von Wächter, S. 104; Brie, S. 12

125) Geiger, S. 188

126) Mittermaier, S. 420; Max Rümelin, Kraft, S. 322, 325 Fußn. 176: " Diese Wirkung geschieht durch jede Publikation der Rechtssprechungspraxis; auch dort, wo sie nichts Neues bringt, leistet sie eine Arbeit im Dienste der Rechtsklarheit, Rechtsbestimmtheit und Rechtssicherheit ".

127) Oertmann, Rechtsordnung S. 17; Wackernagel, S. 362 f; Geiger, S. 185; Simonius, Lex S. 52, 57, 58

§ 11 Die Feststellbarkeit der Übung

Die Feststellung der bei den Rechtsgenossen gehandhabten Praxis bietet keine größeren Schwierigkeiten. Nicht einfach ist dagegen im Regelfalle die Untersuchung, ob die festgestellte Übung den Schluß auf das Vorliegen einer *opinio necessitatis* zuläßt. Denn es ist unbestritten, daß Verstöße gegen bestehende Gesetze allein, – und seien sie noch so zahlreich, – die rechtliche Verbindlichkeit der mißachteten Vorschriften nicht beeinträchtigen können. Zur Beantwortung der Frage, ob eine in großer Anzahl zu beobachtende, die Gesetze außer acht lassende Übung zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt hat, bedarf es der gleichen wertenden Prüfung der Erscheinungen des Rechtslebens, wie bei der Erörterung der Frage, inwieweit Meinungsäußerungen der Rechtsgenossen eine echte allgemeine Rechtsüberzeugung darstellen.¹²⁸⁾

§ 12 Die Dauer der Übung

Das kanonische Recht setzte aus Gründen der Rechtssicherheit für die zeitliche Dauer der Übung ein bestimmtes Minimum von Jahren fest. Es verlangte, daß "Gewohnheitsrecht, das dem Inhalt einer kanonischen Vorschrift widerstreitet, die gesetzliche Verjährungsfrist von 40 Jahren bestanden haben müsse".¹²⁹⁾ – Auf der anderen Seite wird vereinzelt in der neueren Literatur die Auffassung vertreten, auf das Erfordernis einer langen Dauer der Übung könne in der heutigen Zeit verzichtet werden. Die erforderliche Dauer der Übung hänge allein davon ab, wann bei den Rechtsgenossen eine allgemeine Rechtsüberzeugung entstanden sei. Durch die Möglichkeiten der Publikationstechnik sowie durch die zu beobachtende Autorität der Obergerichte müsse es möglich sein, daß gut begründete Urteile der Oberen Gerichte schon in kurzer Zeit eine Übung und eine entsprechende Rechtsüberzeugung bei den Rechtsgenossen hervorriefen.¹³⁰⁾

128) S. 22 f

129) Codex iuris can., Can 27 § 1, 28, 30

130) Max Rümelin, Kraft, S. 160; Boehmer, Grundlagen S. 200 f

Nach heute allgemein geteilter Erkenntnis in der Wissenschaft kann in keinem Falle mit letzter Sicherheit gesagt werden, zu welchem Zeitpunkt die Entwicklung zu einem Gewohnheitsrechtssatze abgeschlossen und eine bindende Rechtsnorm entstanden ist.¹³¹⁾ Es lassen sich keine festen, jeden Fall möglicher Gewohnheitsrechtsbildung erfassenden Regeln dafür aufstellen, welche Anzahl von Übungen und welche Dauer für das Entstehen eines Gewohnheitsrechtssatzes notwendig sind.¹³²⁾ Das Erfordernis der Dauer der Übung läßt sich nur dahingehend festlegen, daß sich das rechtliche Bewußtsein in so vielfachen, unzweideutigen Handlungen und in so langer fortgesetzter, im ganzen gleichförmiger Handlungsweise geäußert haben muß, daß es unwahrscheinlich ist, daß es nicht von den Rechtsgenossen allgemein geteilt wird.^{133) 134)}

C. Gewohnheitsrecht und Richterrecht

§ 13 Das Gewohnheitsrecht eine echte Rechtsquelle

Der Begriff der Rechtsquelle ist heute einer der umstrittensten Begriffe in der Rechtslehre.¹³⁵⁾ Ausgewert hat der Begriff für die vorliegende Arbeit nur, wenn er so gefaßt wird, daß er Antwort auf die Frage gibt, ob das Gewohnheitsrecht die gleiche Geltungskraft hat wie eine Gesetzesnorm im formellen und materiellen Sinne. Hierbei kann die Gewohnheits-

131) Brunner, S. 75 ; Puchta, Teil II, S. 79 ff

132) Windscheid-Kipp, S. 85 f; von Gierke, S. 172; Sturm, S. 208 ;
Germann, Probleme S. 137 mit einem Rechtsprechungsüberblick
über das Schweiz. BG.

133) Von Wächter, S. 105

134) Dazu, daß die mit dieser Definition hervorgerufene Rechtsunsicherheit in Kauf genommen werden muß, vgl. unten S. 94 ff, insbes. S. 96

135) Vgl. einmal die Zusammenstellung der verschiedensten Rechtsquellen-definitionen bei Nickusch, S. 87 ff, und zum anderen den Ausdruck von William Seagle, der angesichts der Vielzahl der Begriffe statt von den " Quellen des Rechts " von den " Quellen der Verwirrung " spricht, - zit. bei Nickusch, S. 88

rechtsbildung im Bereiche der Rechtssätze, die dem Gesetze übergeordnet sind (Verfassungsnormen), und auch solcher, die dem Gesetze nachgeordnet sind (Rechtsverordnungen im Sinne des Art. 80 GG), völlig außer acht gelassen werden. ¹³⁶⁾ Rechtsquelle ist somit die Ursprungsart des Rechtes, die den Richter bindet und deren Anwendung er nur verweigern darf, wenn die einzelne Norm gegen höherrangiges Verfassungsrecht verstößt. ¹³⁷⁾ Bei der echten Rechtsquelle ist dem Richter jede weitere Nachprüfung verwehrt, insbesondere ob der Rechtssatz zweckmäßig ist oder ob er mit anderen Vorschriften im Gesetzesrange übereinstimmt. Ausgehend von diesem Verständnis der Rechtsquelle, besagt die früher getroffene Feststellung ¹³⁸⁾, die Mitwirkung der Rechtsanwendungsorgane bei der Gewohnheitsrechtsbildung habe lediglich deklaratorischen Charakter, daß das Gewohnheitsrecht nur als echte Rechtsquelle angesehen werden kann. ¹³⁹⁾ Die Rechtsansicht, die den Gerichtsgebrauch und den Verwaltungsgebrauch dem eigentlichen Gewohnheitsrecht in der Rangordnung der Rechtssätze gleichstellen will und alle Begriffe unter dem Oberbegriff der Gewohnheit zusammenfaßt ^{139 a)}, verkennt, daß den Normen der erstgenannten Art die demokratische Legitimation fehlt.

136) Auch Mezger, S. 24 und Nickusch, S. 88 f lassen sich bei ihrer Definition des Begriffs der Rechtsquelle von pragmatischen Überlegungen leiten und verstehen unter dem Begriff " das Recht, das wir Juristen anzuwenden berufen sind". Den gleichen Rechtsquellenbegriff vertritt Hans Julius Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 33

137) Bei vorkonstitutionellem Recht steht dem zur Entscheidung berufenen Richter selbst die Verwerfungskompetenz zu, bei nachkonstitutionellem Recht muß er, wenn er von der Verfassungswidrigkeit des einschlägigen Gesetzes überzeugt ist, aussetzen und entsprechend Art. 100 GG dem BVerfG vorlegen, das insofern die Verwerfungskompetenz besitzt.

138) Oben S. 15 ff

139) Ebenso Rittler, Lehrbuch S. 24; Binding, Handbuch, S. 204, Reichel, S. 131; Max Ernst Mayer, S. 25; Larenz, Kraft, S. 497; Robert von Hippel, S. 32 ; Hirsch, Richterrecht , S. 341

139a) Walter, S. 225 ; siehe auch S. 2

§ 14 Das sogenannte Richterrecht ¹⁴⁰⁾

Immer wieder wird in der Literatur die Auffassung vertreten, neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht gebe es als dritte echte Rechtsquelle das sogenannte Richterrecht. ¹⁴¹⁾ ¹⁴²⁾ Diese These unterscheidet sich von der bereits widerlegten, daß der Rechtsprechung bei der Gewohnheitsrechtsbildung konstitutive Bedeutung zukomme ¹⁴³⁾, dadurch, daß nicht behauptet wird, die Rechtsprechung schaffe selbst Recht, sondern der gefestigten ständigen Rechtsprechung komme unmittelbar bindende Kraft zu. Wenngleich beide Theorien im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufen, muß dennoch die neue Lehre kritisch untersucht werden, führt sie doch weitere Argumente an. Würde das Richterrecht schon selbst bindendes Recht darstellen, wäre es nicht mehr erforderlich, daß es noch Gewohnheitsrecht würde. Denn dann bestünde schon vorher eine vollkommene Bindungswirkung der von den Richtern neu geschaffenen Normen. Der Bestätigung der ständigen Rechtspraxis durch die *opinio necessitatis*, wie sie oben ¹⁴⁴⁾ gefordert wurde, käme keine Bedeutung mehr zu. ¹⁴⁵⁾

Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage muß von dem System der Rechtsordnung ausgegangen werden, wie es in der Verfassung niedergelegt ist. Das Grundgesetz fordert die Gebundenheit des Richters an "Gesetz und Recht", wobei zunächst und in erster Linie der Gesetzesgehorsam gemeint ist. ¹⁴⁶⁾

140) Nicht berücksichtigt wurde bei dieser Betrachtung die Verfassungsgerichtsbarkeit. Daß die Entscheidungen des BVerfG in den wichtigsten Fällen Gesetzeskraft besitzen, ergibt sich aus § 31 BVerfGG.

141) Oder den sich aus ständiger Rechtsprechung entwickelnden festen Gerichtsgebrauch.

142) Vgl. u. a. Coing, Grundzüge S. 233 ff; Josef Esser, Grundsatz S. 139, 282 ff; Geiger, S. 185; Simonius, Lex S. 52; Weinkauff, Eröffnung S. 816; Wieacker, S. 15, 16

143) S. 17

144) S. 19 unten

145) Schreiber, S. 249

146) h. M., vgl. u. a. Bonner Komm., Art. 20 Anm. II 2e

Eines der wichtigsten Elemente des im Grundgesetz festgelegten Rechtsstaatsbegriffes ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit.¹⁴⁷⁾ Aus dem Rechtsstaatsprinzip läßt sich jedoch nichts darüber ableiten, wie stark die Bindung an das Gesetz sein muß. Es wird heute allgemein als zulässig angesehen, daß sich die Rechtsprechung der großen Vielfältigkeit des Rechtslebens wegen nicht mehr in dem Maße an den Gesetzeswortlaut gebunden fühlt wie in der Hochzeit des Positivismus, in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts und anfangs dieses Jahrhunderts.¹⁴⁸⁾ Die Rechtsprechung ging von der formal logischen zur teleologischen Auslegung über und sieht heute sogar im Bereich der Gesetzeslücken eine freie Rechtsfindung als statthaft an. Notwendig wurde eine solche Handhabung des Gesetzes, weil der Richter auch dann verpflichtet ist, eine Entscheidung über den ihm vorgetragenen Fall zu treffen, wenn die gesetzliche Norm keine unmittelbar einschlägige Regelung anbietet.¹⁴⁹⁾

-
- 147) Baring, S. 48; " Im Geltungsbereich des Grundgesetzes gibt es kein "reines Richterrecht". Das vermeintliche Richterrecht ist nichts anderes als Rechtsanwendung, auch wenn es sich um Rechtsfortbildung, ja um abändernde Fortbildung handelt. Es besteht Arbeitsteilung, aber nicht Partnerschaft zwischen Gesetzgeber und Richter ". -Baumgarten, Konstruktion S. 120 ; Flume, S. 21, 25; Hirsch, Richterrecht, S. 339 : " Ist ein Staat auf der Grundlage klarer Gewaltenteilung organisiert, so hat der Richter nicht als König des Rechts, sondern als Diener der gültigen Gesetze Recht zu sprechen ". -Larenz, Methodenlehre, S. 147; Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 124; Mittermaier, S. 416 ; Werner, S. 25; " Niemand drängt sich danach, den Gesetzesstaat zu verlassen und den Richterstaat zu proklamieren ". -A. A. Marcic, S. 241, 244 : " Es ist eine Tatsache, daß der heutige Gesetzgeber von seiner fachlichen und seiner moralischen Qualität viel eingebüßt hat, und daß die Substanz nur mehr bei der Dritten Gewalt aufbewahrt ist ".
- 148) Simonius, Gesetzesauslegung, S. 84 ; Spiro, S. 343, 344 ; Germann, Tragweite S. 309, 321 und insbes. für das deutsche Recht Weinkauff, Richtertum S. 15 ; Fischer, S. 15; Flume, S. 14; Wieacker, S. 6
- 149) Meier-Hayoz, Richter S. 81 ; Burckhardt, Lücken S. 7 ; Bosch, S. 67; Code civil Art. 4 ; vgl. auch Nawiasky, Rechtslehre S. 143 : " Für den Richter gibt es kein " Non liquet ". "

Parallel mit dieser Entwicklung bildet sich im Laufe der Zeit zu jedem ausfüllungs- und wertungsbedürftigen Regelungsmerkmal und zu jedem Lückenfall eine gleichförmige, ständige Rechtsprechung aus. Diese entsteht ihrerseits aus dem Bedürfnis, dem einzelnen Richter festere Vorschriften an die Hand zu geben, als das Gesetz es tut, und so die Beurteilung gleichliegender Fälle zu erleichtern. Hier werden der Eigenschaft des Richters als bloßem Rechtsanwendungsorgan und dem Prinzip der Gesetzesgebundenheit in gleichem Maße Rechnung getragen. Das so entstandene sogenannte Richterrecht wird dann von den Gerichten immer erneut angewendet.¹⁵⁰⁾ Zu dem Richterrecht werden heute die Auslegungsergebnisse zu den unbestimmten Rechtsbegriffen¹⁵¹⁾, zu den Normativbegriffen¹⁵²⁾ sowie den Generalklauseln gezählt. Darüber hinaus gehört hierzu die von der Rechtsprechung vorgenommene Ausfüllung von Gesetzeslücken.¹⁵³⁾ An diese Rechtsentwicklung und an die tatsächliche Rechtspraxis knüpfen die Verfechter der These, daß das Richterrecht eine echte Rechtsquelle sei, an und wollen wegen des Bedürfnisses der Rechtsgenossen, die Entscheidung eines jeden Rechtsstreites vorhersagen zu können, dem Richterrecht eine echte Bindungswirkung zuschreiben.¹⁵⁴⁾

150) Zu Einzelfragen bezüglich der eigentlichen Lücken: Burckhardt, Lücken S. 105; Dahm, Recht S. 58; - bezüglich der uneigentlichen Lücken: Burckhardt, Lücken, S. 9 ff; Ross, S. 343; Germann, Probleme S. 112; Meier-Hayoz, Richter S. 56 ff; Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 3 f; Koebel, S. 10; Eberhard Schmidt, Reichsgericht S. 355

151) Less, S. 25

152) Engisch, Einführung S. 108 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 271, 272; Germann, Tragweite S. 309 ff; derselbe, Probleme S. 236, 238

153) Kiß, S. 468, 473; Betti, S. 397; Bosch, S. 57 ff, insbes. S. 65; Hirsch, Richterrecht, S. 334

154) Für das schweizerische Recht Germann, Probleme S. 236, 238, 269 f, 372; derselbe, Tragweite S. 525 ff, 321 - 323; Meier-Hayoz, Wohnheitsrecht S. 442; Simonius, Lex S. 42-46. Für das deutsche Recht allgemein RGR-Komm. Einleitung Anm. 10; Marcic, S. 193 ff, 241 ff, 276 f; ebenfalls Reichel, S. 100-102. Für die österreichische Gerichtspraxis Gschnitzer, S. 41, 45

Diese Meinung ist aus zwei Gründen nicht haltbar. Ausgehend von der erwähnten und in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gebundenheit des Richters an " Gesetz und Recht " erkennt die Regelung des Gesetzes in Deutschland eine Bindung an Präjudizien nicht an.¹⁵⁵⁾ Formell bindende Kraft haben abgesehen von den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, die Entscheidungen der Revisionsgerichte für das Untergericht nur in der gleichen Sache, in der sie ergangen sind (§ 565 Abs. 2 ZPO; § 358 StPO). Ferner bestehen lediglich im Interesse der Einheitlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung gewisse Bindungen der einzelnen Senate des BGH an die von anderen Senaten aufgestellten Rechtsgrundsätze (§ 136 GVG), wie auch der Oberlandesgerichte an entsprechende Rechtsprechungsergebnisse anderer Oberlandesgerichte oder des Bundesgerichtshofes (§ 121 Abs. 2 GVG). Aber auch aufgrund von materiellen Überlegungen ist es berechtigt, Richtern und Verwaltungsbeamten die Befugnis zu geben, Normen des sogenannten Richterrechtes vor ihrer Anwendung darauf überprüfen zu können, ob sie aus einem Gesetz oder einer anderen bindenden Rechtsnorm abgeleitet werden können und ob die Anwendung der Norm auch im konkreten Einzelfall dem Rechte entspricht. Wir hatten bei der Gewohnheitsrechtsbildung gesehen, daß die Gerichte bestrebt sind, nur jeweils den gerade zur Entscheidung anstehenden Fall zu entscheiden¹⁵⁶⁾, und daß sich eine allgemeine Norm in einer fest abgegrenzten Fassung erst aus einer Vielzahl von Einzelentscheidungen herauskristallisieren läßt. Dasselbe gilt auch für das sogenannte Richterrecht. Im Interesse der Rechtsfortbildung erscheint es angezeigt, eine zu frühe Bindung der im Entstehen begriffenen Norm des Richterrechtes zu vermeiden.¹⁵⁷⁾

155) So allgemein anerkannt von Less, S. 18; Dahm, Recht S. 48; Enneccerus -Nipperdey, S. 267; GmÜr, S. 27; Jung, Gewohnheitsrecht S. 250, 257; Larenz, Methodenlehre, S. 271, 302; derselbe, Kraft S. 497; Max Rümelin, Kraft S. 64, 65; derselbe, Rechtssicherheit S. 62, 63; Meyer-Ladewig, Problematik S. 323, 324; Hirsch, Richterrecht S. 339; Germann, Probleme S. 233, 268. Spiro S. 289 und Baring, S. 49 Fußn. 49 für das schweizerische Recht.

156) S. 25

157) Meyer-Ladewig, Problematik S. 323, 324; Rehfeldt, Einführung S. 144

Nimmt man bei den ständig geübten Auslegungsergebnissen diese Bindung zu bald an, so hat der später urteilende Richter keine Möglichkeit mehr zu überprüfen, ob der Satz des sogenannten Richterrechtes in den verschiedensten Anwendungsfällen Zweckmäßigkeitsüberlegungen entspricht und ob er in allen Situationen mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen übereinstimmt. ¹⁵⁸⁾ Für eine wertende Rechtsnorm ist aber eine solche Kontrolle von entscheidender Bedeutung, wenn sie eine gerechte und erschöpfende Regelung treffen soll. ¹⁵⁹⁾ Vergleicht man die vom Gesetzgeber bei der Normschöpfung angestellten Bemühungen, die dem Ziele dienen, der Rechtsnorm einen möglichst umfassenden Regelungsinhalt zu geben, dann wird man nicht umhin können, einer auf andere Art entstehenden Rechtsnorm erst dann die absolut bindende Wirkung zuzusprechen, wenn sie sich in möglichst vielen Fällen in einem längeren Zeitraum tatsächlich bewährt hat. Die Garantie für die nötige Bewährung in der Rechtspraxis ist aber nur dann gegeben, wenn die ständige Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht geworden ist. ¹⁶⁰⁾ Die hier vertretene Rechtsansicht geht aber auch nicht an der im Rechtsleben zu beobachtenden Tatsache vorbei, daß eine ständige Rechtsprechung der höchsten Gerichte auf die übrigen Normanwendungsorgane eine faktische Bindung ausübt. ¹⁶¹⁾ Das sogenannte Richterrecht muß im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht als bedingte Rechtsquelle angesehen werden. ¹⁶²⁾ Die Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen sich nicht beliebig über die Ergebnisse einer gefestigten Rechtsprechung hinwegsetzen; dies ist ihnen nur dann gestattet, wenn sie zu der Auffassung gelangt sind, aus dem Gesetze ergäben sich bessere Argumente für ihre abweichende Auslegung. ¹⁶³⁾ Die Bindungswirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

158) Meier Hayoz, Richter S. 259

159) Liver, S. 42

160) Zustimmend u. a. Larenz, Methodenlehre, S. 102; Rehfeldt, Einführung S. 142; Weinkauff, Richtertum S. 23 f

161) Maurach, S. 76 f; Rehfeldt, Einführung S. 142

162) Baumgarten, Grundzüge S. 30

163) Max Rümelin, Kraft S. 64 f

ist bedingt durch die Richtigkeit und die Überzeugungskraft der sie tragenden Argumente. Die Autorität einer solchen Rechtsprechung beruht darauf, daß die den Urteilen zugrundeliegende Begründung im allgemeinen zu überzeugen vermag.

Gegenstand des Richterrechtes können zwei Arten von Rechtserscheinungen sein. Unter die eine Art fallen, wie soeben erwähnt, die Rechtsätze, die bei Bewährung im Rechtsleben Gewohnheitsrecht werden können.¹⁶⁴⁾ also mögliche Vorstufen von Gewohnheitsrechtsnormen sind. Rechtsbildungen der anderen Art sind dadurch gekennzeichnet, daß sie zwar Gegenstand des Richterrechtes, nicht aber des Gewohnheitsrechtes werden können; wegen der Komplexität des Regelungsinhaltes sind sie nur dem vorgebildeten Juristen zugänglich.¹⁶⁵⁾ Auch bei der letztgenannten Gruppe ist aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtsgleichheit eine Bindung des Richters unerläßlich.¹⁶⁶⁾ In Anlehnung an die Termini in der Lehre von den Gesetzeslücken bezeichnen wir die Rechtsbildungen, die wegen ihres Regelungsinhaltes nicht Gegenstand einer allgemeinen Rechtsüberzeugung werden können, als " eigentliches Richterrecht " und Rechtsätze, die mögliche Vorstufen einer Gewohnheitsrechtsnorm sind, als " uneigentliches Richterrecht ".¹⁶⁷⁾ Ob die unter dem Begriffe des eigentlichen Richterrechtes zusammengefaßten Rechtserscheinungen wirkliches Recht sind, hängt von der Richtigkeit der rechtswissenschaftlichen Arbeit ab, die diesen Rechtsbildungen zugrundeliegt.¹⁶⁸⁾ Darüber muß dem zur Entscheidung des Einzelfalles berufenen Richter ein freies Urteil zustehen, darf er doch nur Normen anwenden, die sich aus dem Gesetz oder aus allgemeinen Rechtsprinzipien ableiten lassen.¹⁶⁹⁾ Das eigent-

164) GmÜr, S. 27

165) S. 24; Riezler, Rechtsgefühl S. 64; Begriffsentwickelnde Rechtsätze; Beseler, S. 86

166) Vgl. auch Puchta, Teil II S. 19; Stier-Somlo, S. 29 f; Dahm, Methodenstreit S. 255

167) Siehe auch Liver, S. 53

168) Windscheid-Kipp, S. 89 ; allgem. Flume, S. 24; Liver, S. 42

169) Von Gierke, S. 177 ff; Jung, Wesen S. 170

liche Richterrecht unterliegt der Kontrolle durch den Richter in gleichem Umfange wie das uneigentliche Richterrecht. Im Strafrecht fallen in den Bereich des eigentlichen Richterrechtes alle Begriffsbildungen zum Allgemeinen Teil, wie die Lehren vom Verbrechensaufbau, von der Abgrenzung der Vorbereitungs- zur Versuchshandlung, von der mittelbaren Täterschaft, von den Vorsatz- und Fahrlässigkeitsmaßstäben. Auch die Präzisierungen unbestimmter und normativer Tatbestandsmerkmale sowie die Auslegung von Generalklauseln gehören hierher. ¹⁷⁰⁾

3. Kap. Der Begriff des Gewohnheitsrechtes im Strafrecht

A. Modifikationen, die für das Strafrecht typisch sind

§ 15 Einschränkungen gegenüber den für das Zivilrecht herausgearbeiteten Erkenntnissen. Allgemeines

Im Strafrecht kommt der Einzelfallgerechtigkeit eine größere Bedeutung zu als im Zivilrecht. ¹⁷¹⁾ Denn während man im Zivilrecht zuweilen noch ein im Einzelfall ungerechtes Ergebnis aus Gründen der Rechtssicherheit in Kauf nimmt, ist eine Verurteilung zu einer materiell ungerechtfertigten Strafe für das Rechtsempfinden unerträglich. ¹⁷²⁾ Das hat mehrere Gründe. Einer liegt darin, daß die Sanktionen des Strafrechtes in der Regel einschneidender sind als die Zwangsmaßnahmen des Zivilrechtes. Zum zweiten ist die Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen die Normen des Kriminalstrafrechtes eine diskriminierende Maßnahme. ¹⁷³⁾ Mit einer Verurteilung wird dem Angeklagten bescheinigt, daß sein Verhalten "die jedem Grundrecht immanenten Schranken überschritten hat und gegen jene

170) Mittermaier, S. 423; Engisch, Tatbestandselemente, S. 142

171) Sauer, Bedeutung S. 134 f; Meyer-Ladewig, Problematik S. 9

172) Noll, Rechtfertigungsgründe S. 6

173) Hafter, Lehrbuch S. 8

primitiven Ordnungsnormen verstoßen hat, die in allen Kulturstaaen zur Wahrung eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens unerläßlich " sind. ¹⁷⁴⁾ Denn dafür, daß der Gesetzgeber nur Verstöße gegen kriminelles Unrecht in die Strafnormen aufgenommen hat und er sich die aus dem Menschenbild des Grundgesetzes ergebende Verpflichtung (Art 1 Abs. 3 GG) zur Zurückhaltung ¹⁷⁵⁾ auferlegt hat, spricht in einem materialen Rechtsstaate eine - wenngleich widerlegbare - Vermutung. ¹⁷⁶⁾ ¹⁷⁷⁾ Diese Gewichtsverlagerung hinsichtlich des immer wiederkehrenden Konfliktes zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit ¹⁷⁸⁾ zugunsten des zuletzt genannten Prinzips hat aber keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Gewohnheitsrechtsbildung im Strafrecht.

Den unterschiedlichen Aufgaben der Zivil- und Strafrechtsordnung ¹⁷⁹⁾ tragen auch die für das jeweilige Rechtsgebiet geltenden Verfahrensvor-

-
- 174) Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 75 und 76; Hellmuth Mayer, Strafrecht S. 56 ; Jerusalem, S. 263
 - 175) Zur subsidiären, komplementären Natur der Strafrechtssätze Hafter, Lehrbuch S. 8 ; Henkel, Recht S. 7; Binding, Normen, S. 33, 173
 - 176) Vgl. Weischedel, S. 12; Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 28 ff, 46 ff; Sax, Grundsätze S. 926, 931
 - 177) Siehe im Gegensatz dazu das uferlose Gesinnungsstrafrecht der Sowjetunion, Gallas, S. 41-52
 - 178) Meyer-Ladewig, Problematik S. 9
 - 179) "Der Zweck der Privatrechtsordnung besteht darin, einer gerechten Güterverteilung und einem geordneten Güterverkehr rechtliche Formen zu geben". Boehmer, Einführung S. 27; die Hauptfunktion des Strafrechts sieht die heute h. A. -Würtenberger, Situation S. 67 ; Mittermaier, S. 417; Hafter, Lehrbuch S. 8; etwas weiter Welzel, Strafrecht, S. 4 - in dem Schutz der einzelnen Rechtsgüter aus der Sicht einer Friedensordnung für die gesamte Gesellschaft.

schriften Rechnung : Im Zivilrecht ist die Verwirklichung der subjektiven Rechte der freien EntschlieÙung der Parteien anheimgestellt, während im Strafverfahren das Handeln der beteiligten Behörden und der Gerichte in der Regel durch das Legalitätsprinzip bestimmt wird. Aus der Geltung dieses Grundsatzes folgern verschiedene Autoren ¹⁸⁰⁾, daß die Behörden oder Gerichte zu allen strafrechtlich relevanten Handlungen der Rechtsgenossen Stellung nähmen, indem sie das Verhalten entweder duldeten oder dagegen vorgingen, indem sie ein Strafverfahren einleiteten bzw. verurteilten. Dieser Gedanke erscheint wenig wirklichkeitsnah. Die Argumentation läuft darauf hinaus, daß das, was nicht sein darf, auch nicht sein kann. Den Behörden oder Gerichten zu unterstellen, sie erhielten von allen strafrechtlich relevanten Handlungen und Unterlassungen der Rechtsgenossen Kenntnis, läuft auf eine Fiktion hinaus. Es ist durchaus denkbar, daß die Rechtsgenossen eine Verhaltensnorm mit der erforderlichen *opinio necessitatis* üben, ohne daß die Organe der Strafrechtspflege davon erfahren. ¹⁸¹⁾ Mithin ergeben sich bei einer summarischen Gegenüberstellung von Zivilrecht und Strafrecht keine generellen Einschränkungen für die Gewohnheitsrechtsbildungen im Strafrecht.

§ 16 Einschränkungen aufgrund des Satzes " nullum crimen, nulla poena sine lege "

Der Satz "nullum crimen, nulla poena sine lege " ist Ausfluß des rechtsstaatlichen Grundgedankens vom Vorbehalt des Gesetzes. ¹⁸²⁾ Dieser Grundsatz von der Gesetzesbestimmtheit der Strafe erhielt in der Bundesrepublik Deutschland dadurch eine erhöhte Bestandsgarantie, daß er in das Grundgesetz (Art. 103 Abs. 2) aufgenommen wurde. Als ein Prinzip, das ausschließlich im Strafrecht Geltung besitzt, beeinflußt es alle Normen,

180) Burckhardt, Organisation S. 213, 228 ; Hellmuth Mayer, Strafrecht, S. 83 ; Schreiber, S. 245, 249

181) Max Rümelin, Kraft S. 43 ff

182) Meier-Hayoz, Richter S. 14; Welzel, Strafrecht S. 3; Grünwald, Bedeutung S. 13 f; Hafter, Strafe S. 13; Rittler, Strafrecht, S. 451

gleichgültig welcher Rechtsquelle sie entstammen ; es bringt infolgedessen auch die Notwendigkeit mit sich, die für den Bereich des Zivilrechts erarbeiteten Erkenntnisse zur Gewohnheitsrechtsbildung zu modifizieren.¹⁸³⁾

1. Nach den ursprünglichen Vorstellungen, die dem Grundsatz in der Aufklärungszeit zugrunde lagen, mußte die strafrechtliche Normschöpfung auf jede Verwendung von unbestimmten und wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen verzichten. Jeder Rechtsgenosse sollte selbst dem bloßen Gesetzeswortlaut entnehmen können, wo die Grenze zwischen straffreiem und strafbarem Verhalten verlief.¹⁸⁴⁾ Als in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts die Rechtsauffassung von der Gesetzesgebundenheit des Strafrichters in Deutschland allgemeine Anerkennung fand, hatte sich die anfänglich strenge Ansicht von der Gesetzesbestimmtheit der Strafe gemildert. Der Gesetzgeber von 1871 machte sich diese geläuterte Rechtsauffassung zu eigen.¹⁸⁵⁾

Neben der stark kasuistischen Ausgestaltung des Gesetzes und der offensichtlichen Bevorzugung deskriptiver Begriffe verwendete er wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale.¹⁸⁶⁾ Die zum StGB in seiner ursprünglichen Form ergehende Rechtsprechung erzielte aber Einzelergebnisse, die einer Gleichbehandlung im Sinne der Gerechtigkeit Hohn sprachen.

183) Siehe auch Noll, Rechtfertigungsgründe S. 3

184) Germann, Auslegung S. 135 ; derselbe, Probleme S. 112 ; Richard Lange, Rechtsstaat S. 79 : " Die französische Revolution sah den Richter als Sprachrohr des Gesetzes an, la bouche, qui prononce les paroles de la loi " ; Henkel, Recht S. 37 ; Sax, Grundsätze, S. 992

185) Bockelmann, S. 28

186) Henkel, Recht S. 38

Es zeigte sich, daß der Gesetzgeber mit einer kasuistischen Regelung unmöglich alle Fälle strafwürdigen Unrechtes erfassen konnte.¹⁸⁷⁾ Die folgende Novellengesetzgebung ließ erkennen, daß sie die Bindung an § 2 StGB nicht mehr in dem seitherigen Sinne verstanden wissen wollte.¹⁸⁸⁾ Die Zahl der unbestimmten und normativen Tatbestandsmerkmale wurde erheblich vermehrt, dem Richter wurde Raum für eine wertende und ausfüllende Tätigkeit zugestanden.¹⁸⁹⁾ Die konsequente Weiterentwicklung dieser Bestrebungen führte schließlich dahin, daß der Gesetzgeber mit der Einführung der Generalklauseln "den Tatbestandskern der Unbestimmtheit wertausfüllungsbedürftiger Begriffe auslieferte", §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2, 330 c.¹⁹⁰⁾

Die Entwicklung, die das StGB hinsichtlich der Differenzierungsmöglichkeiten der Deliktsstufen nahm, weist die gleiche Tendenz auf. In der ursprünglichen Gesetzesform konnten Strafen nur erhöht werden, wenn das Gesetz den strafe erhöhenden Tatbestand genau beschrieben hatte. Später ging der Gesetzgeber dazu über, die Bestimmung der näheren Umstände, die eine Tat besonders strafwürdig erscheinen lassen, dem wertenden Urteil des Richters zu übertragen.¹⁹¹⁾ Ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber sich von der Idee der strengen Gesetzesbindung des Richters auch hinsichtlich der Rechtsfolgen gelöst hat, erbringen die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes (JGG, 2. Teil, 2. Abschnitt) sowie die Regelungen über

187) Meier-Hayoz, Richter S. 219; Max Ernst Mayer, S. 4; Noll, Gewaltenteilung S. 301

188) Less, S. 18; Geiger, S. 242

189) Dahm, Recht S. 80; Grünhut, Begriffsbildung S. 10; Engisch, Studien S. 133; Sax, Grundsätze S. 1006

190) Henkel, Recht S. 38; allgemein Werner, S. 5: "Der moderne Gesetzgeber wird generalklauselfreudiger sein müssen, das Feld, das er der Rechtsanwendung in Exekutive und Justiz überläßt, wird breiter".

191) Schröder, Gesetz S. 25 ff; derselbe, Strafzumessung S. 418; Henkel, Recht S. 39

die Behandlung von Gewohnheitsverbrechern nach § 20 a StGB. ¹⁹²⁾

2. Angesichts der Wandlungen, die der Satz " nullum crimen, nulla poena sine lege " seit seiner Aufnahme in das StGB erlitten habe, kommt dem Grundsatz nach der Rechtsauffassung von Sax ¹⁹³⁾ heute praktisch keine Bedeutung mehr zu. Es fehle jeder Maßstab dafür, wo die Symbolkraft des Wortes ende, wenn man von dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens ausgehe. ¹⁹⁴⁾ Der Satz habe nur noch die allgemeine Funktion, die Rechtsgenossen vor richterlichen Willkürakten zu bewahren. Eine entgegengesetzte Meinung wurde in jüngster Zeit u. a. von Baumann ¹⁹⁵⁾ und Drost ¹⁹⁶⁾ vertreten. Beide sind der Auffassung, der Gesetzeswortlaut bilde sehr wohl ein ausreichendes Kriterium dafür, wieweit der Richter bei der Auslegung zu gehen habe.

Aus den historischen Wandlungen des Satzes " nullum crimen, nulla poena sine lege " folgert die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung, daß auch die teleologische Auslegung mit dem Grundsatz in Einklang gebracht werden könne. ¹⁹⁷⁾ Sie meint, eine Auslegung sei dann noch vom Gesetzeswortlaut gedeckt, wenn das Gesetz nur Anhaltspunkte für die bei der Interpretation zu berücksichtigenden Zwecke und Werturteile enthalte. ^{198) 199)}

192) Richard Lange, Rechtsstaat S. 69

193) Analogieverbot.

194) Analogieverbot S. 5

195) Wortbedeutung S. 394

196) S. 1255

197) Germann, Analogieverbot S. 134, 141; derselbe, Auslegung S. 153 f, 160; Niethammer, S. 755; Meier-Hayoz, Richter S. 51

198) De Asua, S. 70; Mittermaier, S. 427; ähnlich Hellmuth Mayer, Analogieverbot S. 16; Sauer, Strafrechtslehre S. 51; Reinicke, S. 161; Geiger, S. 657; Max Ernst Mayer, S. 27; Grünwald, Bedeutung S. 2; Schönke, Auslegung S. 89; Bohne, S. 206, 208; a. A. Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 6. Für das schweizerische Strafrecht: Germann, Grundfragen S. 65 ff, 68; derselbe, Auslegung S. 140 ff; Hafer, Lücken S. 136 ff. Für das österreichische Strafrecht: Rittler, Lehrbuch S. 30, 31

199) Länder, in denen ebenfalls der Satz "nullum crimen, nulla poena sine lege" galt, hatten schon sehr viel früher eine anpassungsfähigere Rechtsprechung. Mittermaier, S. 425 mit Hinweisen auf die holländische und französische Gerichtspraxis; ebenso Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 46; Weinkauff, Richtertum, S. 21

Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen. Sie allein berücksichtigt die Anforderungen, die die Vielfältigkeit des Rechtslebens an die Normen des Strafrechtes stellt²⁰⁰⁾, und schenkt andererseits dem Rechtsstaatsgedanken im Strafrecht größtmögliche Beachtung. Zur Einschränkung der Wirksamkeit des Grundsatzes von der Gesetzesbestimmtheit der Strafe hat auch das heute allgemein zu beobachtende Vordringen der Gerechtigkeitsidee gegenüber dem Prinzip der Rechtssicherheit beigetragen.²⁰¹⁾ Daß die so verstandene Interpretation des Grundsatzes " nullum crimen, nulla poena sine lege " zu einer Gefahr für die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzes werden kann, soll nicht verkannt werden.²⁰²⁾ Dieses Risiko muß aber in Kauf genommen werden²⁰³⁾, zumal das auch im Strafrecht geltende Richterrecht, wie noch zu zeigen sein wird, zugunsten des Prinzips der Rechtssicherheit einen gewissen Ausgleich schafft. Zusammenfassend lassen sich vier Einzelforderungen aus dem Grundsatz ableiten²⁰⁴⁾, die die Gewohnheitsrechtsbildung im Strafrecht einschränken :

- a) Ausschluß einer analogen Anwendung des Gesetzes zu Ungunsten des Angeklagten, wenn für den vom Auslegenden angenommenen Sinn des Gesetzes keine Anhaltspunkte im Gesetzeswortlaut zu finden sind²⁰⁵⁾,
- b) Verbot der Verwendung außergesetzlichen Rechtes zur Begründung oder Erhöhung der Strafe,
- c) Verbot der rückwirkenden Kraft von Strafgesetzen,
- d) Verbot der Verhängung anderer als im Gesetze aufgeführter Strafen²⁰⁶⁾.

200) Baumann, Wortbedeutung S. 396; Waiblinger, S. 235, 236; ähnlich Meier-Hayoz, Richter S. 270; Rittler, Strafrecht, S. 451; Sax, Analogieverbot S. 39; Sauer, Bedeutung S. 132; Less, S. 25 f; Engisch, Rechtslücke, S. 89

201) Siehe auch S. 39

202) De Asua, S. 70

203) Waiblinger, S. 259 f

204) In Anlehnung an de Asua, S. 170 f

205) Germann, Auslegung S. 153; Hellmuth Mayer, Bestimmtheit, S. 105

206) Dahm, Recht S. 616

§ 17 Die gewohnheitsrechtlich entwickelten Rechtfertigungsgründe

Diese Gewohnheitsrechtssätze werden von den sich aus dem Grundsatz " nullum crimen, nulla poena sine lege " ergebenden Einschränkungen nicht berührt. ²⁰⁷⁾ Rechtfertigungsgründe können sich nur dort bilden, wo der Strafgesetzgeber bei dem Erlasse seiner allgemeinen Norm auch einen Sondertatbestand unter Strafe gestellt hat, der nach dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit eine besondere, von der generellen Norm abweichende Regelung hätte erfahren müssen, und der ausnahmsweise von der Rechtsordnung gestattet wird. ²⁰⁸⁾ Rechtfertigungsgründe können nur in Fällen der sogenannten uneigentlichen Lücken entstehen. ²⁰⁹⁾ Sie nehmen einer Tatbestandsverwirklichung die Rechtswidrigkeit und ermöglichen trotz des zu weit geratenen Gesetzeswortlautes in ihrem Geltungsbereiche eine materiell gerechte Entscheidung. ²¹⁰⁾

Die heute noch durchaus herrschende Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit ²¹¹⁾ geht davon aus, daß ein menschliches Verhalten erst dann rechtswidrig ist , wenn gegen ein Strafgesetz verstoßen wird (formelle Rechtswidrigkeit) u n d wenn das positive Tun oder Unterlassung gleichzeitig als gesellschaftsschädliches Verhalten angesehen werden muß (materielle Rechtswidrigkeit). Die Maßstäbe dafür, ob eine Handlung oder Unterlassung materiell rechtswidrig ist, ergeben sich teils aus

207) Schaffstein, S. 376

208) U. a. Hirsch, Adäquanz S. 86

209) Burckhardt, Lücken S. 9; Ross, S. 342; Germann, Probleme S. 112; Meier-Hayoz, Richter S. 65 ff; Noll, Rechtfertigungsgründe S. 3; Eberhard Schmidt, Reichsgericht S. 355

210) Zur Stellung der Rechtfertigungsgründe vgl. auch Schaffstein, S. 384, 386, 391

211) Schönke-Schröder, Vorbem. 3 vor § 51; Rittler, Strafrecht S. 469; Eberhard Schmidt, Reichsgericht S. 355; derselbe, Gesetz S. 17; Kohlrausch-Lange, Vorbem. III, 2 vor § 1; Klug, S. 249

den Gesetzen selbst, teils aus den den Gesetzen zugrunde liegenden Wertungen. ²¹²⁾

Die nicht im Gesetz normierten Rechtfertigungsgründe müssen als Ausnahmeregelungen aber genau abgegrenzt sein. ²¹³⁾ Andernfalls wäre es denkbar, daß sie in der Form eines allgemeinen Rechtsgedankens " das ganze Strafrecht aus den Angeln heben könnten". ²¹⁴⁾ Da die den Rechtfertigungsgrund enthaltende Norm die gleiche Rechtsverbindlichkeit haben muß wie das Gesetz - hebt doch der Rechtfertigungsgrund die Wirkung des gesetzlichen Straftatbestandes zu einem Teile wieder auf -, kann diese Präzisierung nur im Wege der Gewohnheitsrechtsbildung erfolgen. ²¹⁵⁾ Inhalt der außergesetzlichen Rechtfertigungsgründe können bestimmte Ausflüsse der sozialen Adäquanz oder des sogenannten übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes sein.

Im Rechtsleben gibt es eine Fülle von Tatbestandsverwirklichungen, denen durch Rechtfertigungsgründe die Rechtswidrigkeit genommen wird, bei denen sich aber der einzelne Rechtsgenosse die Frage nach dem besonderen Rechtfertigungsgrund oftmals gar nicht stellt. Hierunter fallen einesteils Handlungen, die zu solch geringfügigen Rechtsgutsverletzungen führen, daß es für die Aufrechterhaltung der staatlichen Rechtsordnung nicht erforderlich erscheint, daß Strafrechtsschutz gewährt wird. ²¹⁶⁾

212) Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, Kohlrausch-Lange Vorbem. III, 2 vor § 1

213) Rittler, Strafrecht, S. 473; Frank, S. 158; Noll, Gesetz S. 168, 169; derselbe, Rechtfertigungsgründe S. 306

214) Rittler, Strafrecht S. 473; zur Gegenmeinung siehe die Rechtsauffassung der Freirechtsschule, Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, 1925, S. 4 -zit. bei Hellmuth Mayer, Züchtigungsrecht, S. 470

215) Vgl. S. 28 ff.; Neben dem Gesetzesrecht erkennen wir nur noch das Gewohnheitsrecht als echte Rechtsquelle an.

216) Engisch, Idee S. 140: " In Fällen völlig harmloser Rechtsgutsverletzungen, die selbstverständlich sind, taucht die Frage nach dem Rechtfertigungsgrund erst gar nicht auf ". -Beispiele siehe S. 47

Andernteils gehören Verhaltensweisen hierher, die als Fälle des sogenannten erlaubten Risikos²¹⁷⁾ von der Rechtsordnung gestattet werden.²¹⁸⁾

Beide Arten von Tatbestandsverwirklichungen werden der sozialen Adäquanz zugerechnet. Sozial adäquate Handlungen werden gestattet, weil sie sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens halten.²¹⁹⁾ Das sozial-ethische Moment im Rahmen der sozialen Adäquanz verhindert es zum Beispiel, daß die Steuerhinterziehung, obwohl von den Rechtsgenossen immer wieder begangen, zu einer rechtmäßigen Handlung wird.²²⁰⁾ Allerdings ist es heute noch heftig umstritten, ob die soziale Adäquanz als Tatbestandseinschränkung oder als Rechtfertigungsgrund für tatbestandsmäßiges Handeln anzusehen ist. Als Rechtfertigungsgrund wird sie angesehen von Welzel²²¹⁾, Maurach²²²⁾, Schwarz-Dreher²²³⁾ und Rittler.²²⁴⁾ Welzel, in den ersten Auflagen seines Lehrbuches²²⁶⁾, und Hirsch²²⁷⁾ erblicken in der sozialen Adäquanz einen Tatbestandsausschließungsgrund. Sie gehen davon aus, die Erfüllung des Tatbestandes bedeute wesensmäßig eine Vorbereitung des Täters. Die Funktion des Tatbestandes werde entwertet, wenn man

217) U. a. Hirsch, Adäquanz S. 99. Zur Bedeutung des sog. erlaubten Risikos bei Fahrlässigkeitsdelikten vgl. Nipperdey, S. 1778; Maurach, S. 464 f; Leipziger Komm., Vorbem. 10 h, cc vor § 51; Wussow, S. 891; Hellmuth Mayer, Strafrecht S. 187; Stratenwerth, S. 66

218) Schönke-Schröder, § 59 Rdnr. 165; Noll, Gesetz S. 193

219) Welzel, Strafrecht, S. 76; Nipperdey, S. 1777; Baumann, Rechtswidrigkeit S. 647

220) Franzmann, S. 241, 242; vgl. auch die Erörterungen zur Dunkelzifferproblematik S. 27, 54 f

221) Strafrecht S. 76, 114

222) S. 464

223) § 96 a Anm. 2 E

224) Lehrbuch S. 29

225) Offengelassen haben das Problem Schafheutle, S. 474 und Kohlrausch-Lange, § 96 a Anm. VI

226) Strafrecht, 2. Aufl., S. 62 ff, 108

227) Adäquanz S. 132

die Regel - Ausnahme - Methode befolge, d. h. zunächst die Tatbestandsmäßigkeit feststelle, um anschließend sofort einen Rechtfertigungsgrund heranzuziehen. In den Fällen, in denen die herrschende Meinung mit allzu offensichtlichen und selbstverständlichen Rechtfertigungsgründen arbeiten müsse, sei es zweckmäßiger, von vorneherein die Tatbestandsmäßigkeit der offensichtlich erlaubten Taten auszuschließen. Eine Mittelmeinung will die soziale Adäquanz teilweise zum Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit, teils zur Rechtfertigung verwenden. ²²⁸⁾

Richtiger Auffassung nach kann die soziale Adäquanz nur zur Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens führen. Dort, wo eine unbestimmte sprachliche Fassung des Gesetzes Raum läßt für verschiedene Auslegungshypothesen, können sozial adäquate Verhaltensweisen durch eine restriktive Inhaltsbestimmung einzelner Tatbestandsmerkmale als strafrechtlich irrelevant ausgeschieden werden. ²²⁹⁾ Das ist von je her in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt. In den Fällen, in denen eine teleologisch gerechtfertigte Einschränkung aber am Wortlaut des Gesetzes scheitert, müssen durch die soziale Adäquanz bestimmte Rechtfertigungsgründe eingreifen. Allein die hier vertretene Ansicht vermag zu einer befriedigenden Lösung zu führen, wenn bei dem Täter ein Irrtum vorliegt. Schließt die Sozialadäquanz bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus, so führt die irriße Annahme des Handelnden, seine Taten hielten sich im Rahmen des sozial Adäquaten, zur Anwendung des § 59 StGB. In einem solchen Falle entfiele dann der Vorsatz und eine Bestrafung wegen des Deliktes wäre nur möglich, wenn auch die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt wäre. Wirkt die Sozialadäquanz aber nur rechtfertigend, dann ist der gleiche Irrtum als Verbotsirrtum zu behandeln, der an der Vorsätzlichkeit des Handelns nichts ändert. ²³⁰⁾ Ein Einwand der Kritik ist allerdings begründet :

228) Aufspaltung der sozialen Adäquanz in Sozialkongruenz und in eigentliche Adäquanz, erstere tatbestandsausschließend, letztere rechtfertigend, siehe Klug, S. 260 ff; Schaffstein, S. 395 f

229) U. a. Schaffstein, S. 375

230) Klug, S. 255

Die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit gibt bei der hier vertretenen Theorie noch keinen Hinweis auf die strafrechtliche Erheblichkeit des Verhaltens.²³¹⁾ Ein so geartetes Verständnis vom Verbrechensaufbau entspricht aber, der vom BGHSt 2 - 195 f und dem herkömmlichen Schrifttum vertretenen Lehre von den offenen Tatbeständen.²³²⁾

Die Ausflüsse der sozialen Adäquanz²³³⁾ sind noch keine Rechtsätze;²³⁴⁾²³⁵⁾ als Wertanschauungen einer bestimmten Epoche sind sie zeitlichen Wandlungen unterworfen. Risiken, die Mitte des letzten Jahrhunderts wegen ihrer Gefährlichkeit noch als rechtswidrig angesehen wurden, wie der Betrieb einer Eisenbahn²³⁶⁾, sind heute sozial angemessen. Sozial adäquat sind die zur Karnevalszeit üblichen Spottverse²³⁷⁾, das ebenfalls zu dieser Zeit übliche Schlagen mit der Pritsche, nach Rittler²³⁸⁾ das Ausstellen sittlich anstößiger Bilder und Skulpturen in Kunstgalerien und in Museen und das Neujahrstrinkgeld des Postboten.²³⁹⁾

231) Hirsch, Adäquanz S. 80; Schaffstein, S. 378, 379

232) Hirsch, Adäquanz S. 85

233) Auch der Staat kann normieren, welche Normübertretungen sozial-adäquat und damit rechtmäßig sind : StVO, StVZO ; Arbeitsschutzvorschriften für gefährliche Betriebe, staatliche Anordnungen für den Wehrdienst, Nipperdey, S. 1778

234) Frank, S. 132

235) Welzel, Strafrecht S. 76

236) Oberappellationsgericht München, Seufferts Archiv 14-354

237) Franzmann, S. 242; Klug S. 264

238) Lehrbuch, S. 25

239) Erwähnt bei Klug, S. 263. Der Autor will diesen Fall aber der die Tatbestandsmäßigkeit ausschließenden "Sozialkongruenz" zuzählen. Diese Trennung läßt sich aber deshalb in der Praxis nicht durchführen, weil keine eindeutigen Abgrenzungskriterien vorhanden sind. Hirsch, Adäquanz S. 126 möchte zur Straflosigkeit mit einer restriktiven Auslegung gelangen. Aber auch der von ihm vorgeschlagene Weg kann nicht zum Erfolg führen, weil jede Auslegung, auch die teleologische, am Wortlaut endet. ("Geschenk" i. S. d. § 331 StGB). Zustimmend in der Kritik Schaffstein, S. 396

Das 6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. 6. 1960 (BGBl I S. 478) hat in § 96 a eine Strafnorm eingeführt, die in ihrem Abs. 1 S. 2 aus der Sicht der sozialen Adäquanz Ausnahmen von der allgemeinen Vorschrift normiert hat. Die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen ist dann gestattet, wenn sie zur staatsbürgerlichen Aufklärung oder zur Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen gebraucht werden. Auch in dokumentarischen Filmen, Theaterstücken ²⁴⁰⁾, Faschingsumzügen, historisch objektiven Werken, Rundfunk- und Fernsehsendungen dürfen diese Kennzeichen verwendet werden. -In vielen Teilen Deutschlands ist es heute noch üblich, daß die Dorfjugend in der Nacht zum 1. Mai Gartentüren aushängt, Ackergeräte aus ungesicherten Höfen an das andere Ende des Dorfes trägt und Brennholzstapel an abgelegene Plätze versetzt. ²⁴¹⁾ Da dieser Brauch der dörflichen Bevölkerung bekannt ist, richtet sie sich darauf ein und sichert diese Gegenstände zusätzlich. Diese Sitte wird man ebenfalls als sozial adäquat anzusehen haben. Die sozial ethische Bewertung kommt darin zum Ausdruck, daß sich die Dorfbewohner, von Einzelfällen verständnisloser Empfindlichkeit abgesehen, auf die genannten Gegenmaßnahmen beschränken. Einen ähnlichen Inhalt hat der in Österreich beheimatete Brauch des " Stehlrechtes ", bei dem die Dorfjugend von begüterten Bauernhöfen Hühner stiehlt, um diese im Rahmen eines feierlichen Mahles zu verzehren, wozu die "Bestohlenen" in der Regel eingeladen werden. ²⁴²⁾ - Sozial adäquat sind ferner die Freiheitsbeschränkungen im modernen Verkehr ²⁴³⁾, die ohne Einwilligung des Betroffenen erfolgen. Ein Beispiel dafür bietet der Fall, daß jemand in einen falschen Zug einsteigt, der als Massenverkehrsmittel nur an den im Fahrplan angegebenen Stationen anhalten darf. ²⁴⁴⁾

240) Schwarz-Dreher, § 96 a Anm. 2E, zit. "Des Teufels General"

241) Franzmann, S. 241 ff

242) Piegler, S. 721 ff

243) Klug, S. 264

244) Hirsch, Adäquanz S. 115 ff

Zu den Fällen des sogenannten erlaubten Risikos im Rahmen der sozialen Adäquanz sind nach neuerer Rechtsauffassung²⁴⁵⁾ die bei den verschiedenen Sportarten üblichen Verhaltensweisen zu zählen. Führen diese Handlungen aus Fahrlässigkeit zur Körperverletzung eines anderen Spielers, so sind sie gerechtfertigt.²⁴⁶⁾ Nach Brunners Ansicht²⁴⁷⁾ gibt der Staat dadurch, daß er den Sport auf die verschiedensten Arten fördert, zu erkennen, daß er die unterstützten Sportarten für rechtlich zulässig erachtet. Da aber trotz Einhaltung aller sportlichen Regeln bei kampfbetonten Sportarten Verletzungen auftreten können, müssen auch diese vom Staat in Kauf genommen werden. Die dazu führenden Verletzungshandlungen sind sozial adäquat und damit rechtmäßig. Daß dies auch die Meinung der Zuschauer auf den Spielfeldern ist, entnimmt Brunner²⁴⁸⁾ dem Umstande, daß sie allgemein schweigen, wenn ein Spieler solch eine Verletzung erleidet, während sie sonst mit Mißfallenskundgebungen nicht sparen. Auch die Presse würdigt diese Verletzungen in der Regel als "Unfälle". Brunner²⁴⁹⁾ hat außerdem beobachtet, daß die Strafverfolgungsbehörden bei Verletzungen im Verlaufe von Sportveranstaltungen kaum tätig werden.²⁵⁰⁾ Daß vorsätzliche Verletzungshandlungen, die dem Ziele jeder sportlichen Betätigung zuwiderlaufen, ebenso wenig ge-

245) Brunner, a. a. O. ; Klug, S. 264 ; Nipperdey, S. 1778 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das Strafrecht ; Kritik an Nipperdeys Auffassung zur Rechtfertigung der Sportverletzung übt Wussow, S. 891; er meint, die Sportverletzung werde durch die Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt.

246) Die Bedeutung des Rechtfertigungsgrundes des erlaubten Risikos liegt darin, daß dem Täter dann, wenn jemand bei einem gefährlichen Unternehmen oder einer Veranstaltung Schaden nimmt, nicht daraus ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, daß er eine gefährliche Handlung ausgeübt hat. Noll, Gesetz S. 193

247) S. 68

248) S. 75

249) S. 75

250) Generell auch Hafter, Lehrbuch S. 16

rechtfertigt werden können ²⁵¹⁾ wie Schädigungshandlungen, die unter Außerachtlassung der sportlichen Regeln geschehen ²⁵²⁾, ist unbestritten. Äußerste Grenze der Anerkennung einer Sportart durch die Rechtsgemeinschaft ist das allgemeine Sittengesetz. Eine sportliche Betätigung, die fahrlässigerweise zu schwerer Gesundheitsschädigung oder gar zum Tode führt, kann niemals gerechtfertigt werden, auch wenn die schädigende Handlung unter Beachtung der sportlichen Regeln geschah. ²⁵³⁾ Insofern enthält § 226 a StGB einen allgemein gültigen Rechtsgedanken. ²⁵⁴⁾ Eine Bestrafung kann in einem solchen Falle nur unter dem Aspekte mangelnder Schuld entfallen. ²⁵⁵⁾ -Ein Ausfluß der sozialen Adäquanz ist auch der heute allgemein von der Rechtsprechung anerkannte Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehr. ²⁵⁶⁾ Verhält sich der Teilnehmer am Straßenverkehr innerhalb der Grenzen des Vertrauensgrundsatzes, so handelt er im Rahmen einer heute allgemein als rechtlich zulässig anerkannten gefährvollen Tätigkeit. ²⁵⁷⁾ ²⁵⁸⁾

251) U. a. Leipziger Komm., § 226 a Anm. I ; Brunner S. 63

252) Schönke-Schröder, § 226 a Rdnr. 9

253) Im Ergebnis auch Kohlrausch-Lange, § 226 a Anm. IV, 1

254) Kohlrausch-Lange, § 226 a Anm. IV ; Leipziger Komm., § 226 a Anm. I ; a. A. Schönke-Schröder, vor § 51 Rdnr. 44

255) Eine gewisse Aktualität haben diese Rechtsbetrachtungen deshalb, weil sich in der letzten Zeit die Presseberichte häufen, daß Boxsportler bei Wettkämpfen so erheblich verletzt wurden, daß sie unheilbare körperliche oder geistige Schäden davontrugen oder sogar an den Folgen der Verletzungen starben. Handlungen, die zu solchen Gesundheitsbeschädigungen führten, können unmöglich in Einklang mit der Rechtsordnung stehen.

256) Allgemein Nipperdey, S. 1778 ; für den Straßenverkehr ausdrücklich Wussow, S. 891, der nur insofern die soziale Adäquanz als Rechtfertigungsgrund zulassen will. Im übrigen BGH St 7 - 118 ; 12 - 83, 13 - 172 ; 14 - 97 ; 15 - 191 ; 20 - 218.

257) Welzel, Strafrecht S. 114 f

258) Angesichts der Vielfältigkeit seines Regelungsinhaltes, der immer noch neuen Abgrenzungen zugänglich ist, ist es aber zweifelhaft, ob hier bereits ein Gewohnheitsrechtssatz entstanden ist.

Diese Aufzählung von sozial adäquaten Verhaltensformen erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit, ging es doch nur darum, Beispiele aufzuzeigen, die wegen der in der Rechtsgemeinschaft übereinstimmenden Meinungen und der weiten Verbreitung dieser Handlungen als gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt angesehen werden können, wenn sie zu Rechtsverletzungen führen.

Als Beispielsfall für einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund sei der Fall der medizinischen Indikation bei der Abtreibung genannt.

§ 18 Gewohnheitsrechtlich gebildete Schuldausschließungsgründe

Obwohl von den Voraussetzungen her gesehen, insbesondere von den Geboten des Satzes " nullum crimen, nulla poena sine lege ", Gewohnheitsrechtsbildungen im Bereich der Schuldausschließungsgründe ebenso denkbar sind, wie bei den Rechtfertigungsgründen²⁵⁹⁾, haben sich bisher die einschlägigen gesetzlichen Regelungen als ausreichend erwiesen, um materiell-rechtlich zufriedenstellende Entscheidungen der Gerichte gewinnen zu können. Der Gedanke der Nichtzumutbarkeit wird in Rechtsprechung und Lehre nicht als allgemeiner Entschuldigungsgrund angesehen.²⁶⁰⁾ Ein solcher Schuldausschließungsgrund wäre aufgrund seiner allgemeinen Formulierung in der Lage, die " gesamte Strafrechtsordnung aus den Angeln zu heben".²⁶¹⁾ Der vereinzelt in der Rechtsprechung anerkannte übergesetzliche entschuldigende Notstand hat sich noch nicht zu einer Gewohnheitsrechtsnorm verdichtet. Die dazugehörige Rechtsprechungspraxis bildet ein inhaltlich und zahlenmäßig zu beschränktes Entscheidungsmaterial, als daß es zur Bildung einer bestimmten allgemeinen und generellen Norm hätte ausreichen können.²⁶²⁾

259) Rittler, Lehrbuch S. 25

260) Schönte-Schröder, vor § 51 Rdnr. 91; Henkel, Zumutbarkeit, S. 258

261) Vgl. S. 44

262) Insbesondere Henkel, Einführung S. 64, 65

§ 19 Gewohnheitsrechtliche Sätze außerstrafrechtlicher Rechtsgebiete

Wenn das Strafrecht Begriffe aus anderen Rechtsmaterien als Tatbestandsmerkmale verwendet, so haben diese Begriffe auch im Strafrecht grundsätzlich die Bedeutung, die ihnen im außerstrafrechtlichen Bereiche zukommt.²⁶³⁾

Dies folgt aus der Einheit der Rechtsordnung.²⁶⁴⁾ Bilden sich im Privatrecht oder Verwaltungsrecht gewohnheitsrechtliche Abweichungen von der seitherigen Begriffsbedeutung, so gelten diese Wandlungen auch im Strafrecht, einerlei, ob sie sich im Ergebnis strafverschärfend oder strafmildernd auswirken. Denn daß der Satz " nullum crimen, nulla poena sine lege " die extensive Auslegung nicht verbietet, wird heute nicht mehr bestritten. Ein Beispiel zur Verdeutlichung dieser Einheit der Rechtsordnung liefert das strafrechtliche Problem der Zeichnung mit fremdem Namen im Rahmen der Urkundendelikte. Seitdem das bürgerliche Recht anerkannt hat, daß der Stellvertreter ohne Hinweis auf das Vertretungsverhältnis mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben darf, hat man auch die Strafbarkeit beim Vorliegen dieser Umstände verneint.²⁶⁵⁾

§ 20 Das derogierende Gewohnheitsrecht

Die aus dem Satz " nullum crimen, nulla poena sine lege " abgeleiteten Einschränkungen beeinträchtigen auch nicht die Zulässigkeit derogierenden Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete des Strafrechtes.²⁶⁶⁾ Im Gegensatz zu den Fällen der sogenannten uneigentlichen Lücken²⁶⁷⁾ ist Raum für die Bildung abändernden Gewohnheitsrechtes dort, wo eine formal noch bestehende Rechtsnorm in ihrem gesamten Umfange außer Kraft treten soll. Die Anforderungen an die Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes sind

263) Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 28 ; Leipziger Komm. § 2 Anm. I , 2 b ; Hafer, Lehrbuch S. 15 ; Rittler, Strafrecht S. 459 ; Max Ernst Mayer, S. 26: " Jagdbare Tiere " ; vgl. RG St 46 - 108

264) Waiblinger, S. 257

265) Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 28; siehe auch Bartolomeyczik, S. 54 f und RGZ 74 - 69

266) U. a. Germann, Tragweite S. 308

267) Siehe S. 43

im Strafrecht höher als auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Hier besteht neben der in einem Rechtsstaat für alle Bereiche des Rechts geltenden Vermutung, daß die förmlichen Gesetze die materielle Gerechtigkeit realisieren²⁶⁸⁾, die speziell für das Strafrecht geltende Mutmaßung, daß der Gesetzgeber sich bei der Normierung der Straftatbestände die "erforderliche Zurückhaltung"²⁶⁹⁾ auferlegt und keine überflüssigen Strafnormen geschaffen hat.²⁷⁰⁾ Hat der Gesetzgeber nur die Tatbestände für strafwürdig erklärt, die sozial unerträglich sind, so wird in einem späteren Zeitpunkt der Beweis nicht so leicht zu erbringen sein, daß das Fortbestehen der Vorschriften für das Zusammenleben der Rechtsgemeinschaft nunmehr überflüssig ist. Aus diesem Grunde müssen besonders umfangreiche Untersuchungen darüber angestellt werden, ob die Nichtbeachtung der Strafnormen tatsächlich in einer lange andauernden Übung erfolgt ist und ob dieses Verhalten auf der gemeinsamen, ernstlichen Überzeugung der Rechtsgenossen beruht, man handele rechtmäßig.²⁷¹⁾ Auch bei den Strafnormen haben die Rechtsüberzeugungen derjenigen, gegen die die Strafvorschriften angewendet werden sollen, und die Meinungen derjenigen, zu deren Schutz die Bestimmungen erlassen wurden²⁷²⁾, ein unterschiedliches Gewicht, wenn festzustellen ist, ob eine allgemeine Rechtsüberzeugung vorliegt.

268) S. 4 ; Bonner Komm. , Art 20 Anm. II, 2 e ; Hesse, S. 33

269) Hesse, S. 34

270) Zum gleichen Problem auch Hafer, Lehrbuch S. 9 ; OLG Braunschweig, NJW 55 - 355 ; Schweiz, BG E 84 I 89 (95)

271) OGH St 1 - 66 ; OLG Hamm MDR 52 - 58 (59)

272) OLG Tübingen vom 14. 4. 1947, DRZ 48 - 141 (142) ; Giese, S. 170

Als Indiz für das Vorliegen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung sind im Strafrecht mehr als in anderen Rechtsmaterien geeignet die Rechtsauffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Meinung der wissenschaftlichen Lehre und die Rechtsansicht einer einheitlichen Verwaltungspraxis.²⁷³⁾ Bei ihnen ist eher als bei den Rechtsgenossen Gewähr dafür gegeben, daß bei der Interessenabwägung, wie sie bei jeder Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes geboten ist, der Bedeutung des Rechtsgüterschutzes für die Allgemeinheit das ihr zukommende Gewicht eingeräumt wird.

Derogierendes Gewohnheitsrecht wird im Bereich der sogenannten ordnenden Regeln kaum entstehen können, weil es hier von entscheidender Bedeutung ist, daß überhaupt eine Regelung besteht, das derogierende Gewohnheitsrecht die bestehende Norm aber ersatzlos wegfallen läßt. Die bloße Tatsache, daß gegen eine Strafvorschrift in einer großen Vielzahl von Fällen verstoßen wird, reicht noch nicht zur Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes aus. Auch eine noch so hohe Dunkelziffer vermag in der Regel nicht eine allgemeine Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen herbeizuführen, daß die übertretene Strafvorschrift ihre Rechtsgültigkeit verloren habe. Gänzlich ausgeschlossen ist dies, wenn die strafbaren Handlungen außerdem noch Verstöße gegen elementare Sätze der Rechts- und Sittenordnung darstellen.²⁷⁴⁾ So kann eine Lynchjustiz, in deren Verlauf es zu erheblichen Ausschreitungen gegen Strafnormen kommt, niemals rechtmäßig sein, selbst wenn sie von der Staatsführung

273) OLG Braunschweig S. 355

274) Zu den materialen Anforderungen an die opinio necessitatis siehe S. 11 ff

toleriert oder gar gutgeheißen wird.²⁷⁵⁾ Bloße Zweifel an der Übereinstimmung der Strafrechtsnorm mit höherrangigem Recht oder auch die Überzeugung der Rechtsgenossen, die Strafgesetze entsprechen nicht mehr den praktischen Bedürfnissen des Rechtslebens, sind kein Ersatz für die *opinio necessitatis*. Die Rechtsüberzeugung muß vielmehr dahin gehen, die formal noch bestehenden Strafgesetze verstießen in so erheblichem Maße gegen die materialen Voraussetzungen jeder Rechtsnorm, daß ihnen auch unter Berücksichtigung der Funktion des Rechtsgüterschutzes für die Allgemeinheit keine rechtliche Verbindlichkeit mehr zukommen könne. In jedem solchen Falle müssen die Interessen der materialen Gerechtigkeit gegen diejenigen der Rechtssicherheit abgewogen werden.²⁷⁶⁾ Das Rechtssicherheitsinteresse hat in dem Moment zurückzustehen, in dem andere, von der Rechtsordnung legitimierte Interessen dauernd und in erheblichem Maße unterdrückt werden.²⁷⁷⁾

275) Ein Beispiel dafür bildete die Duldung der Mißhandlung und Tötung über deutschem Gebiet abgesprungener feindlicher Flieger durch die deutsche Staatsführung in den letzten Jahren des 2. Weltkrieges. Diese Billigung geschah nicht ausdrücklich durch die Normierung von Rechtfertigungs- oder Schuldaußschließungsgründen, da man für diesen Fall völkerrechtliche Schwierigkeiten befürchtete. Man verfiel vielmehr auf den Gedanken einer " gelenkten Gewohnheitsrechtsbildung " - Serick, S. 94, 96. Durch geheimes Rundschreiben vom 10. 8. 1943 wurden die Polizeibehörden angewiesen, sich bei Auseinandersetzungen der Bevölkerung mit den Fliegern nicht einzumischen. Auf einem geheimen Schreiben an die Staatsanwaltschaften vom 4. 6. 1944 ordnete der Reichsjustizminister an, daß ihm allein alle Fälle von Lynchjustiz " zum Zwecke der Niederschlagung " vorzulegen seien. Damit war sichergestellt, daß Polizei und Anklagebehörde Akte der Lynchjustiz nicht zur Strafverfolgung brachten. Die Bevölkerung wurde von der Rechtsansicht der Staatsspitze unterrichtet, soweit sie der NSDAP angehörte, durch geheimes Rundschreiben Bormanns vom 30. 5. 1944, und soweit sie nicht der Partei angehörte, durch einen Aufsatz im " Völkischen Beobachter " vom 28./29. 5. 1944.

276) Rümelin, Max, Kraft S. 30 f

277) vgl. auch Coing, Grundzüge S. 126 ; Fechner, Rechtsphilosophie S. 151; Henkel, Einführung S. 236; Herrfahrdt S. 33 ; Grünhut, Schutz, S. 117

Ist die Divergenz zwischen dem Gesetzeswortlaut und den Mindestanforderungen der rechtsstaatlichen Ordnung nicht so gravierend, wird die Rechtsprechung zunächst mit einer teleologischen Auslegung oder, soweit dies möglich ist, mit der Berufung auf außergesetzliche Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe zu helfen suchen, da in diesen Fällen die Geltung der Gesetzesnorm nur teilweise eingeschränkt wird. Bei der Prüfung der Frage, ob das Gewohnheitsrecht eine ethisch begründete Strafvorschrift außer Geltung gesetzt hat, ist zu beachten, daß dem Strafgesetz auch eine sozial-ethische Funktion zukommt.²⁷⁸⁾ Die Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes kann im Einzelfall zu einer Verneinung des Vorliegens derogierenden Gewohnheitsrechtes führen. Dies wird dann der Fall sein, wenn sich die Rechtsordnung mit der Aufhebung der Rechtsnorm in einen Gegensatz zu einer im sittlichen Bewußtsein des Volkes lebendigen Anschauung setzen würde.²⁷⁹⁾ Betrifft das entstehende Gewohnheitsrecht sogenannte ordnende Regeln, so müssen in erster Linie Zweckmäßigkeitsüberlegungen angestellt werden.^{280) 281)}

Im Bereiche der Straffolgen ist die Bildung einer desuetudo sehr eingeschränkt. Die Richter, von deren Tätigkeit die Bildung dieser Gewohnheitsrechtsart ihren Ausgang nehmen mußte, mußten in der allgemeinen Überzeugung handeln, der gesetzliche Straffrahmen verstoße in dem nicht angewendeten Teile gegen rechtsstaatliche Grundsätze.²⁸²⁾

278) Welzel, Begriff S. 107 ff, 114

279) Siehe die Ausführungen Württembergers, Situation S. 82, bezüglich der in der Strafrechtsreform beabsichtigten Abschaffung der Strafvorschrift des Ehebruchs.

280) Vgl. S. 14

281) Dafür, daß bei den " ordnenden Regeln " im Strafrecht Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte maßgebend sind, siehe die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen zu der Frage, wie sich der Autofahrer verhalten soll, der von der Straße in eine links gelegene Grundstückseinfahrt einbiegen will ; E 8 - 285 ; 11 - 296 ; 15 - 178

282) Im einzelnen siehe die Ausführungen von OLG Tübingen, Beschl. vom 13.6.1949, DRZ 49 - 379 ; OGH, DRZ 49 - 117; OGH NJW 50 -272; allgemein u. a. BVerfG 1 - 348 bezüglich des Grausamkeitsverbots für die Strafjustiz; ebenso Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 13 f

Dieser schwerwiegende Vorwurf gegen eine gesetzliche Regelung kann nicht mit dem bloßen Nichtausschöpfen eines Strafrahmens begründet werden²⁸³⁾, läuft die Annahme eines derogierenden Gewohnheitsrechtes doch auf eine Selbstbeschränkung des Richters im Straffolgenbereich hinaus.²⁸⁴⁾ Bedenken bestehen bereits, ob man von dem Nichtanwenden eines Teils des Strafrahmens auf eine bei den Richtern allgemein vorhandene Rechtsüberzeugung schließen kann. Gerade im Bereich der Strafzumessung ist bewußt dem Richter ein großer Ermessensspielraum gegeben, damit er alle Besonderheiten des Einzelfalles bei der Strafzumessung ausreichend berücksichtigen kann.²⁸⁵⁾ Aus diesem Grunde erscheint es fraglich, ob eine generalisierende Einteilung der Strafzumessungsgründe, die Voraussetzung für die Feststellung einer *opinio necessitatis* wäre, überhaupt durchführbar ist.²⁸⁶⁾

B. Einflüsse der Rechtsanwendungsorgane auf die Bildung strafrechtlichen Gewohnheitsrechtes

§ 21 Das sogenannte Richterrecht im Strafrecht

Wenn die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Normativbegriffen und Generalklauseln²⁸⁷⁾ sowie die teleologische Auslegung im Strafrecht ebenso zulässig sind wie im Zivilrecht, dann steht nichts im

283) A. A. offenbar Noll, Rechtfertigungsgründe S. 12

284) Peters, Weise S. 16 : "Trotz der häufigen Anwendung des sekundären (mildernden) Strafrahmens besteht kein Anlaß, künftighin die heutigen Rahmenbeziehungen umzukehren und etwa den sekundären Rahmen zum Ausgangspunkt zu machen ".

285) Sax, Grundsätze S. 1012 f ; Stree, S. 23 ; Peters, Weise S. 21

286) Siehe auch Schönke-Schröder, vor § 13 Rdnr. 79: "Überhaupt ist es fehlerhaft, bei der Strafzumessung irgendeine Schablonen zu verwenden ".

287) Zustimmend Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 64; Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 108 ; Dahm, Recht S. 616 ; Grünwald, Bedeutung S. 6 f

Wege, auch im Strafrecht die Möglichkeit der Bildung von Richterrecht zu bejahen. Als Rechtsprechungsergebnis unterliegt das sogenannte eigentliche Richterrecht keinen Einschränkungen im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit der Strafe. Für das sogenannte uneigentliche Richterrecht gelten die aus dem Grundsatz abgeleiteten Einschränkungen. Denn für die erste Phase der Gewohnheitsrechtsbildung müssen die gleichen rechtsstaatlichen Einschränkungen gelten wie für das Gewohnheitsrecht selbst. Das sogenannte eigentliche Richterrecht hat sogar im Strafrecht eine Funktion, die ihm in anderen Rechtsgebieten nicht in dem Maße zukommt. Entwickelte die Rechtsprechung das Richterrecht in anderen Bereichen in erster Linie deshalb, um dem Richter eine leichtere Beurteilung gleichliegender Fälle zu ermöglichen²⁸⁸⁾, so trägt es im Strafrecht mit dazu bei, das besonders dort unabdingbare Maß an Meßbarkeit und Voraussehbarkeit der staatlichen Machtausübungen zu realisieren.²⁸⁹⁾ Allein diese stufenweise Verwirklichung der Forderungen des Grundsatzes " nullum crimen, nulla poena sine lege " gestattet es, dem Strafgesetz eine beschränkte Elastizität und Anpassungsfähigkeit an die Entwicklungen des Rechtslebens zu geben, ohne daß Klarheit und Eindeutigkeit der Strafgesetze mehr als erforderlich vernachlässigt werden.²⁹⁰⁾

§ 22 Die Einflüsse einer ständigen Verwaltungspraxis auf die Gewohnheitsrechtsbildung

Aber nicht nur eine ständige Rechtsprechung kann zur Gewohnheitsrechtsbildung im Strafrecht beitragen. Auch eine andauernde, gleichförmige Praxis der Verwaltungsbehörden kann die Bildung strafrechtlichen Gewohnheitsrechtes mitbeeinflussen. Diese Tatsache ist, soweit ersichtlich, in der Literatur bisher noch nicht behandelt worden, was wohl seine Gründe darin

288) S. 32 ; Noll, Gewaltenteilung, S. 299

289) Allgemein Josef Esser, Grundsatz S. 26 : " Auch die Richterrechtsbildung weist hervorragende Stabilitätsgarantien auf " .

290) Vgl. Henkel, Recht S. 37, 46

hat, daß es einmal nicht zu den typischen Verwaltungstätigkeiten gehört, zur Anwendbarkeit von Strafrechtsnormen Stellung zu nehmen²⁹¹⁾, und daß zum anderen diese Rechtsäußerungen unauffällig im Rahmen der eigentlichen Verwaltungstätigkeit abgegeben werden.

1. Die Möglichkeiten der Verwaltung, zur Abwendbarkeit von Strafrechtsnormen Stellung zu nehmen.

Je nach ihrem Aufgabenbereich nehmen die einzelnen Behörden bei ihrer Verwaltungstätigkeit ausdrücklich oder mittelbar zum Regelungsinhalt von Strafvorschriften Stellung. Unmittelbar ist die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfsbeamten. Aus dem im deutschen Strafverfahren geltenden Grundsatz, daß nur die Strafsachen Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens werden, die die Staatsanwaltschaft - von den Fällen der §§ 374, 413 StPO einmal abgesehen - , dem Gericht durch Anklageerhebung unterbreitet²⁹²⁾, ergibt sich mit logischer Notwendigkeit, daß die Staatsanwaltschaft die angeklagten Fälle selbst für strafwürdig gehalten haben muß. Insofern muß sich die Anklagebehörde mit der Subsumtion von Geschehensabläufen unter die Strafrechtsnormen befassen. Für die als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft handelnden Organe haben diese Überlegungen ebenfalls Gültigkeit, gibt ihnen doch § 163 StPO eine gewisse Handlungsfreiheit, selbst wenn keine Anordnung der Staatsanwaltschaft vorliegt.²⁹³⁾ Allen Polizeibehörden im materiellen Sinne²⁹⁴⁾, den Organen

291) Im sozialen Rechtsstaat verlagert sich das Hauptgewicht der Verwaltung von der sog. Eingriffsverwaltung auf die sog. Leistungsverwaltung, die aufgrund ihres Umfanges als der Typ der Verwaltung allgemein angesehen wird. Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 5, 78; Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 109; Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht I S. 47

292) Schwarz-Kleinknecht, Einleitung Anm. 1 H; allgemein Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 5

293) Altmeyer-De Clerck, § 1 Erl. 7 c

294) Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht III S. 17. Seit der nach 1945 von einem Großteil der Bundesländer vorgenommenen Trennung der Behörden der Vollzugspolizei von den sog. Ordnungsbehörden ein allerdings umstrittener Begriff, siehe Galette, S. 283, 313 und Scupin, S. 655. Da aber die Ordnungsbehörden auch polizeiliche Funktionen wahrnehmen und ihre Aufgaben und Ermächtigungen teilweise auf der polizeilichen Generalklausel beruhen -, Enderling, S. 681 - hat er heute noch seine Berechtigung.

der Vereins- und Versammlungspolizei, Gesundheits-, Verkehrs-, Gewerbe- und Baupolizei²⁹⁵⁾ obliegt die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften der jeweils einschlägigen allgemeinen Ordnungsgesetze durch die Rechtsgenossen.²⁹⁶⁾ Wenn die Normverstöße strafrechtlich zu ahndende Gesetzesübertretungen darstellen, was oftmals der Fall ist, können die Behörden nicht nur aufgrund ihrer Überwachungsfunktion, sondern auch aus der allgemeinen polizeilichen Aufgabe der Verhinderung strafbarer Handlungen gegen solches Verhalten vorgehen.²⁹⁷⁾ Sie können entweder mit eigenen polizeilichen Mitteln einschreiten oder durch eine Strafanzeige ein Strafverfahren in Gang setzen.²⁹⁸⁾ ²⁹⁹⁾ Bei solchen Maßnahmen urteilen sie aus eigenem Recht und in eigener Zuständigkeit darüber, ob das beanstandete Verhalten einen Verstoß gegen Strafgesetze darstellt.

295) Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht III S. 84 ff

296) Zu den einzelnen Arten der Gewerbeüberwachung beispielsweise Enderling, S. 700; zur Notwendigkeit der Gewerbeüberwachung BVerwG 1 - 94

297) Drews-Wacke, S. 112. Der Polizei obliegt auch die Funktion der vorbeugenden Verhütung strafbarer Handlungen; diese Aufgabe macht den Polizeibeamten die Kenntnis des gesamten Strafrechtes zur Pflicht; ebenso Bochalli, S. 76; Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 49; Altmeyer-De Clerck, § 1 Erl. 7 c

298) Enderling, S. 689 und 716; zur Aufgabe der Überwachung der Einhaltung der Vorschriften ordnungsrechtlichen Charakters Drews-Wacke, S. 295, 395 f.; Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht III S. 15; vgl. §§ 1 Abs. 1, 2 PolG Bad. Württ.; Art. 2 PAG, Art 15 Abs. 2, Art. 32, Abs. 1 POG Bayern; § 37 Abs. 1 PVG Rh.-Pf.

299) Dazu, daß die Polizeibehörden im Rahmen ihrer speziellen Zuständigkeit gegen das Verhalten eines Rechtsgenossen mit eigenen Mitteln vorgehen können, wenn dieses gegen allgemeine Strafgesetze verstößt BVerwG, Urt. vom 17. 5. 1955, NJW 55 - 1451: Schließung eines Spielklubs durch die Ordnungsbehörden wegen verbotener Glücksspiele i. S. d. § 284 StGB; ferner OVG Münster, Besch. vom 18. 5. 1954 NJW 54 - 1664: Schließung eines Bordells zur Verhinderung strafbarer Handlungen.

Mittelbar ist die Stellungnahme der Verwaltungsbehörden³⁰⁰⁾, zur Anwendbarkeit von Strafrechtsnormen bei der Erteilung von Erlaubnissen, die für die Abhaltung gewisser Veranstaltungen oder die Ausübung bestimmter Tätigkeiten erforderlich sind.³⁰¹⁾ Erteilt die Behörde die Erlaubnis, so bringt sie damit konkludent ihre Ansicht zum Ausdruck, daß die erlaubte Handlung oder Veranstaltung nicht gegen bestehende Rechtsvorschriften verstoße³⁰²⁾ und der Antragsteller sich nicht strafbar mache, wenn er die erlaubte Tätigkeit ausübt.³⁰³⁾ Ferner kann die Verwaltung indirekt Aussagen über die Anwendbarkeit von Strafvorschriften machen, wenn sie durch interne Verwaltungsanordnungen das Verhalten ihrer Beamten im Verkehr mit außenstehenden Dritten auf eine bestimmte Weise regelt. Zwar gilt diese These nicht allgemein, da nach heute herrschender Meinung ein Verstoß gegen diese Weisungen nicht die Strafbarkeit

300) Die Erlaubnispflicht eröffnet der Ordnungsbehörde die Möglichkeit der vorbeugenden Überwachung einer für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit Gefahren verbundenen Tätigkeit. Enderling, S. 687

301) Baugenehmigung, siehe u. a. Landesbauordnung Rheinland-Pfalz vom 15. 11. 1961 ; Erlaubnis für den Betrieb einer Apotheke gem. §§ 1 ff. Ges. üb. Apothekenwesen vom 2. 8. 1960

302) Die Behörde stellt eine umfassende, über ihr eigentliches Aufgabengebiet hinausgehende Prüfung an. Sie hat u. a. die Vereinbarkeit mit den allgemeinen Strafgesetzen zu untersuchen. Siehe LBO Rh-Pf § 80 Abs. 1 S. 1 : Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn keine baurechtlichen oder sonstigen öffentlich - rechtlichen Vorschriften entgegenstehen; Ges. üb. Apothekenwesen § 2 Abs. 1 Nr. 4 : Die für die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit ist nicht gegeben, wenn strafrechtliche oder schwere sittliche Verfehlungen den Antragsteller für die Leitung einer Apotheke ungeeignet erscheinen lassen.

303) Enderling, S. 688

begründet³⁰⁴⁾, sondern nur ein Dienstvergehen darstellt, wohl aber für den Fall, daß die Rechtmäßigkeit bestimmter Handlungsweisen der Beamten im Streite ist und die Verwaltungsanordnung sich mit ihren Regelungen in Gegensatz setzt zur herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur. In diesem Falle spricht eine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Verwaltung bewußt einen Standpunkt in dem Meinungsstreite beziehen wollte, zumal sie nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zur Ausübung des Ermessens verpflichtet ist. (Art. 20 , Abs. 3 GG)

2. Die Erkennbarkeit dieser Äußerungen der Verwaltung für den Außenstehenden.

Keine besonderen Schwierigkeiten, die Rechtsansicht der Verwaltungsbehörde zur Anwendbarkeit von Strafvorschriften zu erkennen, bestehen bei den Verwaltungstätigkeiten, bei denen die Verwaltung davon ausgeht, der Rechtsgenosse habe den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. In solchen Fällen schreiten die Behörden entweder mit eigenen Mitteln ein, erheben Anklage, erstatten Strafanzeige, versagen die beantragte Erlaubnis oder schreiben den nachgeordneten Beamten in einer Verwaltungsanordnung ein bestimmtes Verhalten vor. In allen Fällen läßt sich aus der aktiven Handlung der Verwaltung auf die zugrunde liegende Rechtsüberzeugung schließen. Probleme wirft aber die Frage auf, ob aus

304) A. A. früher das RG in Strafsachen : E 19 - 265, 73 - 257, DR 1943 - 580, 897. In ständiger Rspr. hat das Gericht die Auffassung vertreten, sog. " präskriptive " Verwaltungsanordnungen seien für die Grenzen der Zuchtigungsbefugnis des Lehrers auch in strafrechtlicher Hinsicht beachtlich, während sog. " instruktionelle " Weisungen bei ihrer Übertretung nur disziplinarische Maßnahmen nach sich zögen. Nach dieser Meinung stand also der Verwaltung eine unmittelbare Einflußmöglichkeit auf die Strafrechtsnormen zu, ohne daß das Gesetz eine Ermächtigung vorgesehen hatte, - ein Gedanke, der mit dem streng durchgeführten Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar ist. Zur heute herrschenden Meinung, Bruns, S. 415; Friebe, Verantwortlichkeit S. 151 ; Kohlhaas, LM StGB § 223 Nr. 6; Würtenberger, Bedeutung S. 293; OLG Schleswig, JZ 57 - 450, 451; OLG Hamm, JZ 57 - 452

dem bloßen Geschehenlassen von Normverstößen auf eine Rechtsüberzeugung der Behörde geschlossen werden kann. Daß aus der Geltung des Legalitätsprinzips nicht darauf geschlossen werden darf, die Behörden nähmen zu allem strafrechtlich relevanten Verhalten der Rechtsgenossen Stellung, war bereits oben ³⁰⁵⁾ begründet worden. Es stellt sich hier die Frage nach der Dauer der Verwaltungspraxis in gleichem Maße, wie bei der Dauer der Übung der Rechtsgenossen. Die Antwort wird infolgedessen ebenso lauten müssen: erst bei einer länger andauernden, gleichförmigen Verwaltungspraxis, die Verstöße gegen bestimmte Strafvorschriften stets unbeachtet läßt, kann davon ausgegangen werden, die Behörde habe den Verstoß bemerkt, sei aber nicht eingeschritten, weil sie die Vorschrift für nicht mehr Rechtens ansähe. ³⁰⁶⁾ Wenn die Behörde aufgrund des für sie geltenden Legalitätsprinzips verpflichtet ist, den Normverstoß zu beachten und ihn dennoch untätig geschehen läßt, wird man eher auf das Vorliegen einer entgegenstehenden Rechtsüberzeugung schließen dürfen als in dem Falle, in dem es dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen wurde, die Gesetzesübertretung zu ahnden.

Es ist bekannt, daß die Staatsanwaltschaften nach Kriegsende gegen Abtreibungsfälle dann nicht einschritten, wenn die Schwangerschaften die Folgen von Vergewaltigungen waren, wie sie häufig in der russischen Besatzungszone vorkamen. Daraus kann zu Recht auf die Überzeugung der Anklagebehörden geschlossen werden, diese Abtreibungen stellten zum damaligen Zeitpunkt kein strafwürdiges Unrecht dar. Ebenfalls konnte man, zumindest in Zeiten geordneter Rechtsverhältnisse im Staate aus der Tatsache, daß die Gesundheitsbehörden in den Jahren 1945 bis 1950/51 gegen die umfangreichen Verstöße gegen die HWVO nicht vorgingen, entnehmen, daß die Verwaltung die einschlägigen Strafvorschriften als nicht mehr in Geltung ansah. Diese Vermutung lag um so näher, als schon früher Zweifel an der

305) S. 38 f

306) Allgemein Richard Lange, Rechtsgutachten S. 49 ; Schulz, S. 373

Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit rechtsstaatlichen Grundsätzen auf-
gekommen waren. Wenn die Verwaltungsbehörden vor dem Inkrafttreten
des 4. Änderungsgesetzes zur Gewerbeordnung vom 1. 10. 1960 dem An-
tragsteller das Feilbieten von empfängnisverhütenden Mitteln in Außen-
automaten ausdrücklich erlaubten, solange das Angebot nicht in besonders
anstößiger Weise geschah, so durfte daraus gefolgert werden, daß ein
Feilbieten dieser Art nach der Auffassung der Verwaltung mit der Rechts-
ordnung in Einklang stand.

3. Die Einflußmöglichkeit der Verwaltungspraxis

Das eigentliche Problem in diesem Zusammenhang ist die Frage, inwie-
weit diesen Stellungnahmen, die von den Behörden im Rahmen ihrer eige-
nen Zuständigkeit abgegeben wurden und die für die Rechtsgenossen er-
kennbar nach außen in Erscheinung traten, eine strafrechtliche Relevanz
zukommen kann. Der Rechtsgenosse in der Rechtspraxis wird sich fragen,
ob er auf die von der Verwaltung geäußerten Ansichten zur Anwendbar-
keit strafrechtlicher Vorschriften soweit vertrauen darf, daß er dann, wenn
er sich entsprechend diesen Rechtsauffassungen verhält, keine Bestrafung
durch die Gerichte zu befürchten hat.

Eine unmittelbare Bindung der Rechtsprechung in Strafsachen an eine stän-
dige Verwaltungspraxis hinsichtlich deren Stellungnahmen zur Anwendbar-
keit von Strafvorschriften scheitert schon daran, daß eine ständige Verwal-
tungspraxis im allgemeinen nicht in der Lage ist, später zu treffende Ent-
scheidungen der Verwaltung zu beeinflussen. Diese Bindungswirkung kann
dann erst recht nicht bestehen im Verhältnis zwischen zwei voneinander
unabhängigen Staatsgewalten.³⁰⁷⁾ Den Entscheidungen der Staatsanwalt-
schaft kommt eine materielle Rechtskraft nicht zu, da auch sie nur als

307) U. a. Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht I S. 80 : " Zwischen den
Organen der Rechtsprechung und der Verwaltung besteht vorbehalt-
lich der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Grundsatz der gegenseitigen
Unaufhebbarkeit und Unbeeinflussbarkeit formeller Akte". Ebenso
Eberhard Schmidt, Rechtsauffassung S. 271 ; Forsthoff, Verwaltungs-
recht S. 6

Verwaltungsbehörde handelt. ³⁰⁸⁾ Die Staatsanwaltschaft ist auch im Rahmen der Tätigkeit, in der das Legalitätsprinzip gilt, nicht gehindert, ein einmal eingestelltes Strafermittlungsverfahren wieder aufzugreifen, wenn sie nach einer neuerdings von ihr geteilten Rechtsauffassung zu dem Ergebnis kommt, es liege eine strafwürdige Tat vor. Da die Einstellung des Verfahrens auch kein begünstigender Verwaltungsakt ist, - dies scheitert schon daran, daß die Staatsanwaltschaft keine, dem Rechtsgenossen einen Vorteil gewährende Regelung treffen wollte ^{309) 310)}, - können auch nicht ausnahmsweise die aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in der Verwaltungsrechtslehre entwickelten Grundsätze zur Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte eingreifen. Die Rechtsgenossen können sich nicht darauf berufen, die Staatsanwaltschaft sei an der erneuten Einleitung eines eingestellten Verfahrens gehindert, weil sie (die Rechtsgenossen), im Vertrauen auf die in der Einstellung zum Ausdruck gebrachte Rechtsüberzeugung der Behörde, wirtschaftliche Investitionen gemacht hätten. Auch bei den anderen vorgenannten Verwaltungstätigkeiten ist die Behörde an eine einmal geäußerte Rechtsauffassung zum Inhalt und Umfang von Strafnormen nicht gebunden. ³¹¹⁾ In diesem Bereiche gilt ebenfalls der im Verwaltungsrecht allgemein herrschende Grundsatz der freien Rücknehmbarkeit fehlerhafter Verwaltungsentscheidungen. ³¹²⁾

308) Allgemein Sauer, Bedeutung S. 149; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 6 ; siehe auch Bader, Staatsanwalt, S. 4 ff

309) Zur Definition des Verwaltungsaktes § 25 Mil. Reg. VO Nr. 165 für die brit. Zone

310) Zum Unterschied zwischen der typischen Verwaltungstätigkeit und der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit Schwarz-Kleinknecht, Einleitung 3 E ; Peters, Strafprozeß S. 495

311) Ausnahme nur bei der gebührenpflichtigen Verwarnung. Im Ergebnis erwächst sie in beschränkte materielle Rechtskraft, weil sie die Strafklage bezüglich der Übertretungen verbraucht, die sie gerügt hat. Schwarz-Kleinknecht, Einleitung Anm. 8 E

312) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 251 ff ; Bächof, Verfassungsrecht S. 253 f, 261 f ; Hans Julius Wölff, Verwaltungsrecht I S. 316 ff; Schäfer, a. a. O.

Auch kann nicht ausnahmsweise eine Bindung an frühere Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Platz greifen.^{313) 314)}

Eine ständige Verwaltungspraxis mit ihren Stellungnahmen zur Anwendbarkeit von Strafvorschriften kann aber in gleicher Weise zur Gewohnheitsrechtsbildung beitragen wie das sogenannte uneigentliche Richterrecht.³¹⁵⁾ So wie der Anstoß zur Gewohnheitsrechtsbildung von einer ständigen Rechtsprechung ausgehen kann, ist es auch denkbar, daß der Impuls für diese Rechtsentwicklung von einer Verwaltungspraxis ausgeht, die über eine längere Dauer hin einheitliche Stellungnahmen zur Anwendbarkeit von Strafrechtsnormen abgibt.

-
- 313) Zum gleichen Ergebnis kommt der 5. Strafsenat des BGH in seinem Beschluß vom 28. 5. 1957 - 5StR 150/57 -, NJW 57 - 1201 (1202). Das Gericht führt aus, aus dem Umstand, daß die gerichtliche Entscheidung kein Verwaltungsakt sei, folge, daß verwaltungsrechtliche Grundsätze - gemeint ist die Bindung der Rechtsprechung an eine ständige Praxis der Verwaltungsbehörden in dem hier behandelten Rahmen nach den Grundsätzen über die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte - auf die Entscheidungen der Strafgerichte nicht anwendbar seien.
- 314) Generell gelten auch im Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung die Rechtswerte der " Rechtseinheit " und " Gleichheit vor dem Gesetz ". - Eberhard Schmidt, Rechtsauffassung, S. 272: Daß die derzeitige verfassungsrechtliche Regelung, wie sie geschildert wurde, zu einer erheblichen Verletzung dieser Werte führen kann, mag das folgende Beispiel aus dem praktischen Rechtsleben zeigen. Wenn die Verwaltungsbehörden vor dem Inkrafttreten des 4. Änd. Ges. zur GewO dem Urteil des BVerwG in E 10 - 164 folgten, durften sie die Erlaubnis zum Aufstellen eines Außenautomaten mit antikonzeptionellen Mitteln nur versagen, wenn das Feilbieten der Präparate in besonders anstößiger Weise geschah. Entfiel diese Modalität, waren die Behörden verpflichtet, die Erlaubnis zu erteilen. Handelten sie aber demgemäß, erhielt also der Antragsteller die Erlaubnis und stellte er den Automaten auf, so verurteilten ihn die Strafgerichte wegen Verstoßes gegen § 184 Abs. 1 Nr. 3 a StGB. Zum letzteren siehe BGH St 13 - 19, 16 - 343, 17 - 309

- 315) Siehe S. 35

Zwar wird es hier für die Rechtsgenossen größerer Mühe bedürfen, die von der Behörde vertretene Rechtsauffassung aus den Entscheidungen herauszulesen, da sie in den wenigsten Fällen, wie die Rechtsauffassung der Gerichte in den Urteilen, ausdrücklich niedergelegt ist. Dies hindert aber die Rechtsgenossen nicht, der mit der Stellungnahme zur Anwendbarkeit von Strafrechtssätzen befaßten Verwaltungstätigkeit die gleiche Aufmerksamkeit zu schenken wie der einschlägigen Rechtsprechung in Strafsachen. Ein Blick in die Fachpresse der zu Interessenverbänden heute vielfach zusammengeschlossenen Rechtsgenossen ³¹⁶⁾ belegt dies. ³¹⁷⁾

Verhältnismäßig einfach dürfte eine Gewohnheitsrechtsentwicklung vor sich gehen, die von einer allgemeinen, die nachgeordneten Beamten in ihrem Verhalten gegenüber außenstehenden Dritten anweisenden Verwaltungsanordnung ausgeht. ³¹⁸⁾ Die Folge einer solchen generellen Anordnung wird sein, daß die Beamten zur Vermeidung disziplinarischer Maßnahmen die Regelung beachten werden, ohne Rücksicht darauf, daß ihnen das Strafrecht weniger enge Schranken auferlegt. Dieses einheitliche Verhalten der Beamten kann mit der Zeit zu der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen führen, das in der Verwaltungsanordnung geforderte und von den Beamten allgemein an den Tag gelegte Verhalten werde von

316) Krüger, S. 1217; Egger, Art. 1 Anm. 26; OLG Köln, NJW 51 - 975; Rehfeldt, Einführung S. 145

317) Vgl. das im Anhang angeführte Beispiel der Beiträge zum Thema der Weitergeltung der HWVO in der Deutschen Apothekerzeitung - vor 1951 Süddeutsche Apothekerzeitung-, die wohl unter den pharmazeutischen Fachzeitschriften die größte Verbreitung hat.

318) Vgl. das Parallelproblem im Verwaltungsrecht. Obwohl den sog. Aussonverhaltensvorschriften von ihrer Bestimmung her jeder rechtlich verbindliche Charakter für außenstehende Dritte fehlt - die diese Normen erlassenden Behörden haben keine Ermächtigung für den Erlaß von Rechtsvorschriften-, erlangt das nach ihnen ausgerichtete Verwaltungshandeln im Laufe der Zeit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben doch rechtliche Erheblichkeit. Die Rechtsgenossen erhalten einen Anspruch darauf, von der Behörde so behandelt zu werden, wie die Vorschriften es anordnen. Brohm, S. 239; Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht I S. 100; Menger, S. 71; BVerwG; DÖV 63 - 474; NJW 59 - 1843

der Rechtsordnung verlangt. Dem juristischen Laien wird ohnehin die unterschiedliche Regelungsgewalt von Verwaltungsanordnungen und von Normen des Strafgesetzes kaum bekannt sein.

Wie später zu zeigen sein wird ³¹⁹⁾, sind die Rechtsgenossen in einem solchen Falle in ihrer großen Mehrzahl der Auffassung, daß dann, wenn die Verwaltungsanordnung ein Verhalten des Beamten verbietet, der Beamte sich strafbar mache, wenn er gegen die Anordnung verstoße. Eine solche irrümliche Bewertung der Verwaltungsanweisung stünde der Bildung einer *opinio necessitatis* aber nicht im Wege. Auch hier gilt die allgemeine Erkenntnis, daß die irrümliche Ansicht über die Herkunft der Norm, das Entstehen von Gewohnheitsrecht nicht hindert. ³²⁰⁾

C. Zusammenfassung

1. Das Gewohnheitsrecht ist im Strafrecht, wie auch in anderen Rechtsmaterien, die einzige Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht. Als Rechtsquelle außerhalb des Gesetzes unterliegt es den sich aus dem Satz "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" ergebenden Einschränkungen: eine Gewohnheitsrechtsnorm darf weder strafbegründend noch strafe erhöhend wirken.

2. Da das Gewohnheitsrecht die gleiche Bindungswirkung entfaltet wie das Gesetzesrecht, gilt für beide der Satz "*lex posterior derogat legi priori*".

3. Voraussetzung für das Entstehen von Gewohnheitsrecht ist eine dauernde, gleichförmige Übung der Norm durch die Rechtsgenossen, die von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen sein muß. Beide Erfordernisse stehen in einem Wechselverhältnis zueinander.

4. Jede Gewohnheitsrechtsnorm durchläuft zwei Zustandsphasen, in der ersten entwickelt sie sich zum Rechtssatz, in der zweiten gilt sie als

319) S. 109 ff

320) S. 15

verbindlicher Rechtssatz. Die Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung haben einen unterschiedlichen Inhalt und divergierende Funktionen, je nachdem in welcher Phase sich der Gewohnheitsrechtssatz befindet.

a) Aus anfänglich individuellen Rechtsvorstellungen bildet sich eine allgemeine Überzeugung, ein bestimmter Norminhalt solle Recht sein; schließlich entwickelt sich eine opinio necessitatis bei den Rechtsgenossen diese Rechtsnorm sei Recht.

b) In der Entwicklungsphase macht die Übung die Rechtsvorstellungen bekannt, so daß sie zur Gesamtüberzeugung werden können. Die Übung gibt der Rechtsüberzeugung auch die Möglichkeit, sich im Rechtsleben zu bewähren, und sich als festgeformte Norm in abstrakter und genereller Form herauszukristallisieren. In der zweiten Phase ist die Übung Erkenntnismittel der opinio necessitatis. Aus ihr und den Äußerungen der Rechtsgenossen kann auf das Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsnorm geschlossen werden.

5. _____ Gegenstand der opinio necessitatis kann nur eine Norm sein, die den in einem materialen Rechtsstaat, wie es die Bundesrepublik Deutschland ist, von jedem Rechtssatz zu verlangenden Mindestanforderungen genügt. - Die Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen ist aber nicht unmittelbar wahrnehmbar. Besonders öffentliche Meinungsäußerungen bedürfen der Auswertung, ob sie wirklich die opinio necessitatis darstellen. Obwohl diese Aufgabe in der Regel den Gerichten zufällt, ist die Mitwirkung der Rechtsprechung bei der Gewohnheitsrechtsbildung nur deklaratorisch. Aus der heute absolut herrschenden Rechtsansicht, daß Volkssouveränität im Sinne des Grundgesetzes nicht nur ein formales Ordnungsprinzip, sondern ein materiell legitimierendes Prinzip ist, folgt, daß bei der Gewohnheitsrechtsbildung allein die Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen in der Lage ist, einen gerechten Ausgleich der von der Norm betroffenen Interessen und die Übereinstimmung des neuen Rechtssatzes mit rechtsstaatlichen Grundsätzen zu gewährleisten.

6. _____ Rechtssätze, die wegen der Komplexität ihres Regelungsinhaltes nicht einmal einer " Parallelwertung in der Laiensphäre " zugänglich sind, können nicht Gegenstand einer Gewohnheitsrechtsnorm werden, sondern allenfalls ein Satz des sogenannten eigentlichen Richterrechtes.

7. Bei Gewohnheitsrechtsbildungen auf Rechtsgebieten, die von allgemeiner Bedeutung sind und bei denen von der Normkenntnis aller Rechtsgenossen ausgegangen werden kann, ist die Rechtsüberzeugung des überwiegenden Teiles der Mitglieder der gesamten Rechtsgemeinschaft zu fordern. Bei Gewohnheitsrechtsentwicklungen auf Spezialgebieten, die von ihrem Regelungsinhalt her nur einer beschränkten Zahl von Rechtsgenossen zugänglich sind, reicht die *opinio necessitatis* der unmittelbar Betroffenen aus.

8. Auch hinsichtlich der Feststellbarkeit der Übung einer Gewohnheitsrechtsnorm kommt der Praxis der Rechtsanwendungsorgane eine wesentliche Bedeutung zu.

9. Für die Dauer der Übung lassen sich keine absoluten Regeln aufstellen.

10. Im Strafrecht sind folgende Gewohnheitsrechtsarten zulässig: Gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgründe, gewohnheitsrechtlich gebildete Schuldausschließungsgründe, Gewohnheitsrechtsbildungen aus außerstrafrechtlichen Rechtsmaterien, wenn diese Begriffe in ihrer ursprünglichen Bedeutung als Tatbestandsmerkmale in das Strafgesetz aufgenommen wurden, und derogierendes Gewohnheitsrecht.

11. Das sogenannte uneigentliche Richterrecht und eine ständige Verwaltungspraxis, die im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit zur Anwendbarkeit von Strafrechtsnormen Stellung nimmt, können Einfluß auf die Gewohnheitsrechtsbildung ausüben.

2. Abschnitt : Das strafrechtliche Gewohnheitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Eingedenk der Feststellung Walter Burckhardts³²¹⁾, die Rechtswissenschaft habe nur Sinn, wenn sie der Praxis diene, untersuchen wir im folgenden die in der Rechtsprechung des BGH vorgefundenen Aussagen zur Gewohnheitsrechtsbildung im Strafrecht. Die bisher erarbeiteten Erkenntnisse sollen mit den Forderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung verglichen und, wenn erforderlich, ergänzt werden.

321) Methode S. 5

§ 23 Die gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe

Mit diesen Gewohnheitsrechtsbildungen befaßten sich zwei Urteile des Bundesgerichtshofes : E 11 - 241 ff ; 12 - 62 ff. In dem ersten Urteil hatte der 2. Strafsenat darüber zu entscheiden, ob sich in Hessen der Rechtfertigungsgrund der körperlichen Züchtigung in der Schule gewohnheitsrechtlich ausgebildet hatte. Ein Eingehen auf das Gewohnheitsrecht war erforderlich geworden, weil weder eine Regelung durch Bundesgesetz - dies wäre auch nicht zulässig gewesen, weil das Züchtigungsrecht wegen seiner Zugehörigkeit zum Schulrecht in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt - noch eine solche durch Landesgesetz bestanden. Im einzelnen wurde nachstehende Rechtslage vorgefunden :

Art. 15 des Gesetzes vom 16. 6. 1874, das Volksschulwesen in Hessen betreffend, (Großherzogliches Hessisches Regierungsblatt S. 377) hatte lediglich bestimmt, daß die in der Volksschule zulässigen Zuchtmittel vom Ministerium festgesetzt werden sollten. In Ausführung dieser Vorschrift hatte das Großherzogliche Ministerium des Inneren die Bekanntmachung vom 19. 4. 1904, betreffend die in der Volksschule zulässigen Disziplinar-mittel erlassen. Das Gesetz vom 16. 6. 1874 war dann im Volksstaate Hessen aufgehoben und durch das Hessische Volksschulgesetz vom 25. 10. 1921 (Hessisches Regierungsblatt, S. 303) ersetzt worden. Dieses Gesetz hatte eine dem Art. 15 des Gesetzes von 1874 entsprechende Regelung getroffen und die Bestimmung der zulässigen Disziplinar-mittel und ihrer Voraussetzungen dem Landesamte für Bildungswesen übertragen. Die vorgesehenen Ausführungsbestimmungen waren aber nie ergangen. Auf eine Anfrage des 2. Senates hin hatte der zuständige Regierungspräsident mitgeteilt, daß in Ermangelung einer anderen Regelung weiterhin nach der Bekanntmachung von 1904 verfahren worden sei. Nach 1945 änderte der hessische Landesgesetzgeber nichts an der Rechtslage. Lediglich ein Erlaß des Hessischen Ministers für Kultus und Unterricht untersagte " alle entehrenden Strafen, insbesondere körperliche Züchtigung und Beschimpfung ". Dieser Ministerialerlaß wurde jedoch niemals im Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet und ist auch nicht gemäß § 2 des Hessischen Gesetzes über den

Erlaß von Rechtsvorschriften vom 11. 3. 1949 (GVBL, S. 47) als gültige Rechtsverordnung bestätigt worden.

Aus der Rechtsentwicklung bis zum Kriegsende, aus der ständigen Rechtsprechung des RG, aus der fast einhelligen Rechtsmeinung der Kommentare zum StGB und der Lehrbücher des Strafrechtes sowie der allgemeinen Meinung der Bevölkerung und der Schulbehörden der Länder schloß der 2. Strafsenat, daß bis zum Jahre 1945 in den deutschen Ländern, in denen eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlte, den Volksschullehrern kraft Gewohnheitsrechtes die Befugnis zu maßvoller Züchtigung zugestanden habe.³²²⁾ Das Gericht nahm ferner an, daß dieser Rechtfertigungsgrund nach 1945 weiter Bestand gehabt habe, da er nicht gegen elementare Rechtsätze des GG verstoßen habe und weder durch Gesetz oder Verordnung mit Gesetzesrang³²³⁾ noch durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt worden sei. Im einzelnen führte es aus, Schläge mit dem Rohrstock auf die innere Handfläche verletzten nicht die Menschenwürde.³²⁴⁾ Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit könne das Züchtigungsrecht nicht als verfassungswidrig erscheinen lassen. Mit der Formulierung des Grundrechtes sollten nur schwerwiegende Eingriffe ausgeschlossen werden.³²⁵⁾ Für weniger schwere Beeinträchtigungen gelte der Vorbehalt des Gesetzes, dem das vor Erlaß des Grundgesetzes bereits bestehende Gewohnheitsrecht an Geltung gleichstehe.

322) Dies wird selbst von Stettner, S. 201 zugestanden, der eine Weitergeltung dieses Rechtfertigungsgrundes nach 1945 wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 GG ausschließt.

323) Heckel-Seipp, S. 10

324) So aber von Kopp, S. 319; Bader, Urteilsbesprechung, S. 755

325) BGH St 11 - 250 f; ebenso Schleswig-Holst. OLG, Ur. vom 25.1. 1956, JZ 57 - 450; LG Kiel, Ur. vom 24.8. 1957, Recht der Jugend 57 - 158; a. A. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 44 ff; von Mangoldt-Klein, Art. 2 Anm. V, 3; Stettner, S. 171 ff

Zwar entsprach die in dem Urteil zutage getretene Auffassung der herrschenden Meinung ³²⁶⁾, aber auch die Gegenmeinung, die das Urteil des 5. Strafsenates vom 14.7. 1954, E 6 - 263 ff sehr begrüßt hatte, verfügte über nicht zu übersehende Argumente. Die gegensätzlichen Rechtsauffassungen unterschieden sich voneinander allein in der Bewertung der Bestrebungen der modernen Pädagogik und Psychologie, bei der Erziehung des Kindes auch ohne körperliche Strafe auszukommen. Nach der einen Meinung muß diese moderne Richtung in der Pädagogik als Mindermeinung angesehen werden und kann infolgedessen lediglich zur Einleitung einer Fortentwicklung des gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrundes der körperlichen Züchtigung geführt haben. ³²⁷⁾ Die anderen glaubten, die neue pädagogische Anschauung werde von der überwiegenden Zahl der Rechtsgenossen begrüßt und sei deshalb bereits Gegenstand einer allgemeinen Rechtsüberzeugung geworden, die ein fortentwickeltes Gewohnheitsrecht trage. ³²⁸⁾

Bei der Analysierung der Entscheidung ergeben sich folgende Erkenntnisse zur Gewohnheitsrechtsbildung im Strafrecht : Rechtfertigungsgründe können nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Gewohnheitsrecht geschaffen werden. Da die Wirkung von Rechtfertigungsgründen unter anderem darin besteht, daß sie die Geltung der Strafrechtsnorm für eine bestimmte Fallgruppe ausschließen ³²⁹⁾, bedeutet diese erstgenannte Feststellung des Gerichtes, daß man davon ausging, daß dem Gewohnheitsrecht die gleiche Bindungskraft zukommt wie dem Gesetzesrecht. Wäre das Gewohnheitsrecht eine schwächere Norm, so könnten gewohnheitsrechtlich gebildete Rechtfertigungsgründe nicht die vom BGH angenommene Wirkung entfalten. ³³⁰⁾

326) Vgl. Bruns, S. 410; Friebe, Verantwortlichkeit, mit der dort zitierten Literatur.

327) Bruns, S. 411; Redelberger, Züchtigungsrecht S. 1305; Kohlhaas, LM StGB § 223 Nr. 6; Schleswig-Holst. OLG, Urt. vom 25.1. 1956, JZ 57 - 450 f

328) von Kopp, S. 319; Stettner, S. 201 f; Bader, Urteilsbesprechung S. 755

329) Vgl. S. 43

330) So aber Baumann, Strafrecht S. 209

Von Bedeutung ist auch die Erkenntnis des BGH, Anhaltspunkte für das Vorliegen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung seien auch aus der Übung der Verwaltungsbehörden, der Gerichte und aus den in der Fachliteratur geäußerten Meinungen zu entnehmen. Diese Feststellung wurde bereits oben³³¹⁾ erarbeitet. Wichtig ist es aber festzuhalten, daß sich diese Aussage des 2. Strafsenates auf die die herrschende Meinung anerkennende Praxis der Verwaltung und der Gerichte bezog, wie dies vor 1945 der Fall war, als die Züchtigungsbefugnis des Lehrers nie ernsthaft bestritten wurde. Ebenfalls nicht neu ist die Erkenntnis, daß die rechtliche Weitergeltung einer früheren Gesetzesnorm, die durch Wegfall der Ermächtigungsgrundlage außer Kraft trat, in der Weise möglich ist, daß der Regelungsinhalt der früheren Gesetzesvorschrift nunmehr Gegenstand einer Gewohnheitsrechtsnorm wird.³³²⁾ Die Möglichkeit der Weiterentwicklung eines Gewohnheitsrechtssatzes, so wie sie der BGH in seinem Urteil erwähnt hat³³³⁾, ist bisher noch nicht erörtert worden. Das Gericht deutet nur eine Entwicklungsmöglichkeit an, daß nämlich der Gewohnheitsrechtssatz durch eine neu sich bildende *desuetudo* seine Geltung verlieren kann, wenn die ehemals der Gewohnheitsrechtsnorm zugrunde liegende *opinio necessitatis* neuerdings nur noch von einer unbedeutenden Minderheit der Rechtsgenossen geteilt wird. Nicht erwähnt wird die Möglichkeit der Weiterentwicklung von Gewohnheitsrecht, daß sich der Regelungsinhalt verstärkt. Am Ende der Entscheidung stellt der 2. Strafsenat noch einmal ausdrücklich fest, daß Grenzen und Voraussetzungen des Züchtigungsrechtes durch das Gewohnheitsrecht normiert seien. Dies kann wiederum nur als Zustimmung zu der erarbeiteten Erkenntnis angesehen werden, das Gewohnheitsrecht sei in der Lage, aus eigener Kraft vollwertige abstrakte und generelle Rechtssätze zu entwickeln.³³⁴⁾

In dem Urteil BGH St 12 - 62 war darüber zu befinden, ob das Gewohnheitsrecht einem Berufsschullehrer an einer Bayerischen Fachschule für

331) S. 54

332) Siehe S. 15

333) S. 241 ff

334) S. 25

Maschinenbau ein Züchtigungsrecht gegenüber seinen Schülern eingeräumt hatte. Die Fachschule war eine technische Lehrlingsanstalt ; der freiwillige Schulbesuch ersetzte die Lehre bei einem Meister und den Besuch einer Berufsfortbildungsschule. Das Aufnahmealter der Schüler lag zwischen 14 und 17 Jahren. Die Schulordnung erwähnte unter den gestatteten Schulstrafen nicht die körperliche Züchtigung. Der 1. Strafsenat verneinte die Bildung eines die Züchtigung rechtfertigenden Gewohnheitsrechtes. Zur Begründung führte er aus, das Alter der Schüler, die abschließende Aufzählung der zulässigen Schulstrafen in der Schulordnung und der Mangel eines Schulzwanges hätten der Bildung eines solchen Rechtfertigungsgrundes entgegen gestanden. Der Senat meinte ferner, selbst wenn es an der besagten Fachschule üblich gewesen sei, den Schülern Schläge auszuteilen, so sei damit noch nicht erwiesen, daß der Brauch auf der Ansicht beruht habe, die Lehrer handelten damit rechtmäßig. Eine solche Rechtsüberzeugung sei aber zur Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderlich. Außerdem hätte sich, wollte man eine Gewohnheitsrechtsbildung bejahen, ein solches Recht allgemein an allen bayerischen Fachschulen herausbilden müssen. Dies sei aber von niemandem vorgetragen worden.

Dieser Entscheidung ist deshalb allgemein zuzustimmen, weil ein gewohnheitsrechtliches Züchtigungsrecht in diesem Bereiche im Ergebnis dem gesetzlichen Verbote der Züchtigung des kaufmännischen und - seit dem Gesetz vom 27. 12. 1951, 127 a Gewerbeordnung - des gewerblichen Lehrlings zuwiderlaufen würde. Festzuhalten ist die allgemeine Erkenntnis dieses Urteils, daß ein bloßer Brauch, auch wenn er noch so verbreitet ist, solange nicht die opinio necessitatis hinzukommt, nicht zur Gewohnheitsrechtsbildung führen kann. ³³⁵⁾ Aus den Ausführungen, daß ein Gewohnheitsrecht sich erst herausbilden könne, wenn eine entsprechende Übung an allen bayerischen Fachschulen vorhanden sei, muß die Ansicht des Gerichtes entnommen werden, daß nur eine allgemeine, gleichförmige, von allen Betroffenen gehandhabte Übung einen ausreichenden Anhalt für die Existenz

335) Vgl. S. 6

einer Gewohnheitsrechtsnorm geben kann. ³³⁶⁾ Schließlich stellt das Urteil klar, daß derjenige, der sich auf einen Gewohnheitsrechtssatz beruft, nicht den Beweis für das Bestehen eines solchen Rechtssatzes erbringen muß. ³³⁷⁾ Werden dem Gericht Tatsachen vorgetragen, die den Schluß auf das Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsnorm als möglich erscheinen lassen, so ist es die Pflicht des Richters, von sich aus Nachforschungen darüber anzustellen, ob eine Norm des behaupteten Inhaltes besteht. Denn auch insofern gilt der Satz " iura novit curia ".

§ 24 Gewohnheitsrechtliche Sätze außerstrafrechtlicher Rechtsgebiete

Die Entscheidungen BGH St 5 - 12 (15) und 19 - 357 (359) erwähnen Gewohnheitsrechtsbildungen, die den Materien des öffentlichen Rechtes angehören und in dieser Bedeutung in das Strafgesetz übernommen wurden.

In der zuerst genannten Entscheidung stellte sich für den Gerichtshof die Frage, ob das Verbot der Laienwerbung für ein kosmetisches Büstenmittel noch in den Aufgabenbereich der Polizei fiel ; konkret hatte das Gericht zu entscheiden, ob die §§ 1, 3 Abs. 1 und 2 b, 5 Abs. 2 g, 10, 12 der Pol. VO über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens vom 29. 9. 1941 deshalb unanwendbar geworden sind, weil eine solche Regelung auch nach der zur Zeit des Erlasses der Verordnung geltenden Verwaltungsrechtslehre nicht zu den Aufgaben der Polizei gehörte. Die Polizeiverordnung von 1941 war vom Reichsminister des Inneren erlassen worden aufgrund einer Ermächtigung, die in der Verordnung über die Polizeiverordnungen der Reichsminister vom 14. 11. 1938 (RGBl I S. 1582) erteilt worden war und sich ihrerseits auf Art. 5 des Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches vom 30. 1. 1934 (RGBl I S. 75) gründete. Inhalt und Umfang der Ermächtigung aus dem Jahre 1938 bestimmten sich durch den nicht näher definierten Begriff der Polizeiverordnung. Da die Ermächtigung für das gesamte Reichsgebiet verbindlich war, mußte sie notwendigerweise von einem im ganzen

336) Ebenso S. 19

337) Anders im Zivilrecht Enneccerus-Nipperdey, S. 268; siehe aber § 293 ZPO.

Geltungsbereiche anerkannten Begriff der polizeilichen Aufgaben ausgehen. Eine gesetzliche Umschreibung des Aufgabengebietes der Polizei fand sich zur Zeit des Erlasses der Verordnung nur in den Ländern Preußen und Thüringen. In den anderen Ländern bestanden unvollständige oder gar nicht positivierte Regelungen. Der BGH ging davon aus, in diesen Ländern sei der Tätigkeitsbereich der Polizei gewohnheitsrechtlich geregelt worden und habe in Einklang gestanden mit der im Preußischen PVG von 1931 und in der Thüringischen LVO von 1926 niedergelegten Definition. Das Gericht war ferner der Auffassung, daß sich ein allgemein gültiger sachlicher Polizeibegriff gleichen Inhaltes seit Übergang der Polizeihochheit von den Ländern auf das Reich gewohnheitsrechtlich entwickelt habe. Zu der Gewohnheitsrechtsbildung selbst machte der entscheidende 3. Strafsenat keine Ausführungen.

Wenn man den Werdegang des Polizeibegriffes in der neueren Zeit überblickt, kann man der vom BGH vertretenen Rechtsansicht nur beipflichten. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war das sogenannte "Kreuzbergerkenntnis" des Pr. OVG, Urt. vom 14.6. 1882, Bd. 9, S. 353. Dort wurde eine "Polizeiverordnung, die aus ästhetischen Rücksichten erlassen worden war, für ungültig erklärt, weil sie zwar der Wohlfahrtspflege, nicht aber dem Schutz gegen Gefahren im Sinne des § 10 II 17 ALR" gedient hatte.³³⁸⁾ Diese Entscheidung war von epochemachender Bedeutung und stand mit dem damaligen allgemeinen Rechtsbewußtsein in vollem Einklang.³³⁹⁾ Den so beschriebenen Begriff der polizeilichen Aufgaben übernahm für alle Teile des Preußischen Staates das Preuß. PVG vom 1.6. 1931, G. S., S. 77, § 14. Darüber hinaus gelangte dieser Begriff in ganz Deutschland zur Geltung. Einige wenige Länder hatten ihn schon vor dem Erlaß des Preuß. PVG in eigenen Gesetzen definiert, in anderen Ländern wurde er auch ohne ausdrückliche Normierung anerkannt.³⁴⁰⁾ Beim Übergang der Polizeihochheit

338) Drews -Wacke, S. 6

339) Scupin, S. 607

340) Drews -Wacke, S. 8; Bochalli, S. 79; a. A. Galette, S. 283, 313

auf das Reich traten die Landespolizeivorschriften außer Kraft. Dies hinderte aber nicht, daß der Polizeibegriff im Reich gewohnheitsrechtlich weitergalt, was deshalb naheliegend war, weil der Begriff in den verschiedenen Ländern den gleichen Inhalt gehabt hatte.

Die vom BGH angenommene Gewohnheitsrechtsbildung entspricht den hier erarbeiteten Grundsätzen. Die Tatsache, daß die in den Ländergesetzen niedergelegten Begriffsbeschreibungen einheitlich waren und der allgemein anerkannten Definition entsprachen, die das Preuß. OVG in seinem Urteil vom 14. 6. 1882 gegeben hatte, ist ein starkes Indiz dafür, daß dieser Polizeibegriff in den Ländern, die ihn nicht gesetzlich festgelegt hatten, Gegenstand einer allgemeinen Rechtsüberzeugung war und sich bei seiner häufigen Verwendung eingebürgert hatte.

Als die Polizeigesetze der Länder und die entsprechenden gewohnheitsrechtlichen Regelungen ihre Gültigkeit verloren und das Reich keine eigene neue Definition für die polizeilichen Aufgaben einführte, wohl aber von der Existenz eines solchen allgemeinen Begriffes ausging, konnte dies nur so verstanden werden, daß die alte Definition im Reiche gewohnheitsrechtlich weiter gelten sollte. Die Rechtsprechung bestätigt somit die oben erwähnte Erkenntnis³⁴¹⁾, daß die anderen Rechtsmaterien entstammenden Begriffe in ihrer ursprünglichen Bedeutung in das Strafrecht übernommen werden, wenn der Rechtsschutzgedanke keine eigene, speziell strafrechtliche Definition erfordert.

In BGH St 19 - 357 hatte der Gerichtshof zu dem Problem Stellung zu nehmen, ob der englische Goldsovereign seine Eigenschaft als Zahlungsmittel durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht verloren hatte. Das angebliche Gewohnheitsrecht sollte daraus hergeleitet werden, daß die Münze jahrelang in der Übung und Rechtsüberzeugung der am internationalen Geld-

341) S. 52, § 19

und Zahlungsverkehr beteiligten Handelskreise nur noch als Ware angesehen worden war. Der BGH lehnte das Außerkurssetzen des Goldsovereign durch Gewohnheitsrecht ab. Das Gericht führte aus, daß der Goldsovereign, der durch englisches Gesetz, den "Coinage Act 1870" zum gesetzlichen Zahlungsmittel bestimmt worden sei, diese Eigenschaft so lange behalte, bis er durch einen Willensakt desselben Staates außer Kurs gesetzt werde. Die Begründung für diese Rechtsauffassung folge aus dem Währungsmonopol des Staates.³⁴²⁾ Als hilfsweise Begründung seiner Ansicht wies das Gericht darauf hin, daß, wenn man schon die Außerkursetzung eines Zahlungsmittels durch derogierendes Gewohnheitsrecht zulasse, es zum mindesten erforderlich sei, daß solches Gewohnheitsrecht sich mit Zustimmung des ganzen englischen Volkes entwickle. Bereits die erste Begründung überzeugt. Bezüglich der Eigenschaft des Geldes als Zahlungsmittel unterscheiden wir heute zwei Theorien, die "staatliche Theorie" und die sog. "Gesellschaftstheorie".³⁴³⁾ Nach der staatlichen Theorie ist Geld im Rechtssinne das im Umlauf befindliche Tauschmittel, das vom Staate ausgegeben oder genehmigt wird. Der Vorteil dieser Lehre besteht darin, daß jederzeit Klarheit über die Gültigkeit einer Währung herrscht. Die "Gesellschaftstheorie" vertritt die Meinung, daß sich die Geldeigenschaft aus der Handhabung des täglichen Geschäftsverkehrs oder auch aus dem Volksvertrauen auf die Beständigkeit des Zahlungsmittels ergebe. Diese Lehrmeinung will auch die Geldwertschwankungen erklären, die in Zeiten wirtschaftlicher Krisen besonders offensichtlich sind. Nur die staatliche Theorie, der auch der BGH gefolgt ist, trägt der Tatsache Rechnung, daß im Währungsrecht Rechtssicherheit oberstes Rechtsprinzip ist. Das Währungsmonopol des Staates ist allein aus diesem Grunde geschaffen worden. Damit bestätigt aber das Urteil als allgemeine Erkenntnis den bereits gefundenen Gedanken, daß im Bereiche der sogenannten ordnenden Regeln an die Voraussetzungen für das Vorliegen eines derogie -

342) S. 358

343) Mann, S. 11 f, 14

renden Gewohnheitsrechtes besonders hohe Anforderungen gestellt werden müssen.³⁴⁴⁾

Auch die hilfsweise gegebene Begründung ist zwingend. Steht bei den sogenannten ordnenden Regeln der Gedanken der Rechtssicherheit im Vordergrund, so ist es nicht unberechtigt zu verlangen, daß sich eine desuetudo nicht ohne Zustimmung der unmittelbar Betroffenen bilden darf, muß doch bei ihnen zu allererst Rechtsklarheit herrschen. Diese zweite Begründung entspricht ebenfalls den von uns für alle Arten von Normen ausgesprochenen Grundsatz, daß eine Gewohnheitsrechtsbildung, selbst wenn sie sich auf rechtliche Spezialmaterien bezieht, in jedem Falle von der Rechtsüberzeugung der unmittelbar Betroffenen getragen werden muß.³⁴⁵⁾ Als obiter dictum macht das Urteil noch eine weitere allgemeine Aussage zur Gewohnheitsrechtsbildung. Es hebt ausdrücklich hervor, daß die Bildung von Gewohnheitsrecht kein staatlicher Willensakt ist.³⁴⁶⁾

Nach der Ansicht des BGH ist die Gewohnheitsrechtsbildung dadurch gekennzeichnet, daß sie ohne oder sogar gegen den Willen der Staatsorgane vor sich geht.³⁴⁷⁾ Es kann also auch hier eine Übereinstimmung der erarbeiteten Ergebnisse mit der Rechtsprechung des BGH festgestellt werden.

§ 25 Das derogierende Gewohnheitsrecht

Mit dem Fragenkreis des eine Strafrechtsnorm derogierenden Gewohnheitsrechtes befassen sich fünf Entscheidungen des BGH in Strafsachen :

E 5 - 12 (23 ff); 8 - 360 (381); 11 - 241 (254); 4 StR 100/62 - Ur. vom 4. 5. 1962, Kath. Erzieher 63 - 455 ; E 11 - 365 (377).

344) S. 54

345) S. 19 f

346) Siehe aber die entgegengesetzte Ansicht der sog. Gestattungstheorie, S. 3 f

347) a. a. O. , S. 359

In dem bereits erwähnten Urteil E 5 - 12 ff hatte der 3. Strafsenat ferner das rechtliche Problem zu untersuchen, ob die §§ 1, 3 Abs. 1 und 2 b, 5 Abs. 2 g der PolVO über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens vom 29. 9. 1941 durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht ihre Rechtsgültigkeit verloren hatten. Folgender Sachverhalt konnte das Vorliegen einer desuetudo vermuten lassen: Die für die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften verantwortlichen Behörden hatten Übertretungen der Verordnung in der Zeit vom Zusammenbruche im Jahre 1945 bis Mitte 1950 nicht verfolgt, obwohl Verstöße in großem Umfange vorgekommen waren. Auf diese Praxis der offensichtlichen Nichtbeachtung der Gesetzeswidrigkeiten hatten sich mit der Zeit weite Kreise der Industrie in ihren vorausschauenden Dispositionen eingerichtet. Infolgedessen waren sie sehr erstaunt, als die Behörden am Ende des Jahres 1950 wieder damit begannen, bei Verletzung der Vorschriften Strafanzeige zu erstatten, und die Gerichte dazu übergingen, diese Delikte wieder zu ahnden.³⁴⁸⁾ Der Angeklagte hatte in dem zu entscheidenden Falle gegen § 3 Abs. 1 und 2 b verstoßen, weil er eine irreführende Laienwerbung für ein kosmetisches Büstenmittel durchgeführt hatte. Eine Anwendung des § 12 HWVO, nach dem vor Erlass eines Straferkenntnisses die Zustimmung des Präsidenten des Werberates der deutschen Wirtschaft "bis auf weiteres" eingeholt werden sollte, entfiel im Falle des Angeklagten. Das Militärregierungsgesetz Nr. 191 hatte den Werberat ersatzlos beseitigt.

Der 3. Strafsenat hatte keine Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der in dem Urteil angezogenen Vorschriften, obwohl er einräumen mußte, daß die Verordnung eine starke Neigung zu polizeilicher Bevormundung zeige.³⁴⁹⁾ Das Gericht vertrat die Ansicht, daß polizeiliches Einschreiten hier aus mehreren Gründen geboten gewesen sei. Durch die Eigenart der Heilmittelwerbung - da sie sich insbesondere an vielfach unkritisch eingestellte Be-

348) Vgl. BGH a. a. O., S. 23 f

349) BGH St a. a. O., S. 21

völkerungskreise gewendet habe - sei ein großer Teil der Bevölkerung der Gefahr wirtschaftlicher Schädigung ausgesetzt gewesen. Ferner führte der Senat aus, die Erfahrung habe gezeigt, daß die Verhältnisse auf diesem Gebiete auf Betrüger einen besonders starken Anreiz böten. Infolgedessen sei die Polizei zu dem Verbote irreführender Heilmittelwerbungen auch aufgrund ihrer Aufgabe der Verbrechensverhütung befugt gewesen. Schließlich sei das Verbot auch aus gesundheitspolizeilichen Erwägungen³⁵⁰⁾ gerechtfertigt gewesen. Die Gefahren, die von den Büstenmitteln ausgingen, seien durch die Massenwerbung so gesteigert worden, daß diese Gesundheitsgefährdung die öffentliche Sicherheit beeinträchtigt habe. Der BGH vertrat die Meinung, die Beseitigung des Werberates der deutschen Wirtschaft habe die Weitergeltung der Polizeiverordnung nicht beeinträchtigt.³⁵¹⁾ Aus dem Wortlaut des § 12 folgte das Gericht, daß die Zustimmung des Präsidenten des Werberates keine Voraussetzung für die Strafverfolgung gewesen sei. Die Vorschrift habe auch nicht dem Schutz des Beschuldigten gedient, sondern habe lediglich dem Werberat einen Einfluß auf die Rechtsprechung einräumen wollen. Der Wortlaut, daß die Zustimmung "bis auf weiteres" einzuholen sei, habe lediglich die Bedeutung gehabt, daß der Rechtssatz so lange gelten solle, wie der Werberat tatsächlich bestanden habe.³⁵²⁾

Da der BGH keine rechtlichen Bedenken gegen die HWVO hatte, mußte er zu der Annahme gelangen, daß die für ein derogierendes Gewohnheitsrecht erforderliche allgemeine Rechtsüberzeugung unter den Rechtsgenossen gar nicht vorhanden sein konnte.³⁵³⁾ Zu der Nichtanwendung der Strafvorschriften in den Jahren 1945 bis 1950 meinte das Gericht,

350) S. 19

351) S. 21 f

352) S. 25

353) Vgl. S. 55

daß dieses nur auf Zweifeln der zuständigen Stellen an der Weitergeltung der HWVO beruht habe. Diese Zweifel allein besäßen aber nicht die Kraft, eine Strafvorschrift außer Geltung zu setzen, selbst wenn sie für eine gewisse Zeit zur Nichtanwendung der Normen führten. Wenn schon in normalen Zeiten strenge Anforderungen an eine Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes gestellt werden müßten³⁵⁴⁾, so habe dies um so mehr in Zeiten der Not und der allgemeinen Verwirrung zu geschehen. Die Tatsache, daß sich weite Kreise der Rechtsunterworfenen mit ihren geschäftlichen Vorhaben auf die Nichtanwendung der Verbotsvorschriften eingerichtet hatten, habe auch nicht das Fehlen der erforderlichen *opinio necessitatis* ersetzen können.³⁵⁵⁾

Die vom BGH geteilte Rechtsauffassung ist zum Teil heftig bekämpft worden. Immer wieder wurden rechtsstaatliche Bedenken gegen die HWVO erhoben, mit dem Ziele, Beweis dafür anzutreten, daß von den materialen Voraussetzungen her sehr wohl eine die *desuetudo* tragende allgemeine Rechtsüberzeugung vorliegen konnte. So rügte Giese³⁵⁶⁾ u. a. die Mitwirkungsbefugnis des Werberates bei der Strafverfolgung. Letzterer sei eine propagandistische Lenkungs Einrichtung des nationalsozialistischen Staatssystems gewesen. Der Umstand, daß die Vorschriften der Polizeiverordnung trotz der Vielzahl und der Offenkundigkeit der Verstöße von den Behörden nicht angewendet worden seien, mußte nach Gieses Auffassung bei den Rechtsgenossen die Rechtsansicht aufkommen lassen, die Behörden verträten angesichts der allgemein geteilten rechtsstaatlichen Bedenken die Meinung, entgegenstehendes Gewohnheitsrecht habe die Verordnung außer Kraft gesetzt. Selbst wenn die Strafvorschriften von den Behörden nicht angewendet worden seien, weil sie lediglich an der

354) Siehe S. 49 f

355) S. 23 f

356) S. 169

Rechtmäßigkeit gezweifelt hätten, könne sich das Gericht nicht darauf berufen. Nach dem auch für die Verwaltung geltenden Grundsatz von " Treu und Glauben " könne der Staat nicht ³⁵⁷⁾, " wenn ein Strafgesetz jahrelang nicht gehandhabt worden sei, plötzlich einen vereinzelt, ahnungslos den Normen zuwiderhandelnden Täter mit der Strafverfolgung überfallen ". ³⁵⁸⁾ ³⁵⁹⁾ Friesenhahn ³⁶⁰⁾ begründete seine rechtsstaatlichen Bedenken damit, daß die Verordnung Ziele verfolgt habe, die mit den Aufgaben der Polizei nicht vereinbar gewesen seien ; sie habe u. a. der Volkswohlfahrt im Sinne des Nationalsozialismus und der wirtschaftspolitischen Lenkung dienen sollen. ³⁶¹⁾ ³⁶²⁾ Richard Lange ³⁶³⁾ beanstandete die zu weite Fassung der Straftatbestände im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Um Einfluß auf die Justiz zu gewinnen, habe der Nationalsozialismus oftmals uferlose Straftatbestände geschaffen und deren Einhaltung dann durch eine Bindung der Strafverfolgungsbehörden an die Zustimmung einer von der Staatsführung abhängigen Stelle gesichert. ³⁶⁴⁾ Die Rüge der zu weit gefaßten Strafrechtsnormen müsse erst recht gelten, nachdem " die Zustimmungsinstanz weggefallen und so ein sich möglicherweise im Ergebnis zugunsten des Angeklagten auswirkendes Korrektiv " abgeschafft worden sei. ³⁶⁵⁾ Die Verstöße gegen rechtsstaatliche Prinzipien seien so evident gewesen, daß " sie sich dem Rechtsgefühl und der

357) S. 171

358) Ähnlich auch Richard Lange, Rechtsgutachten S. 50 ; Schulz, S. 373

359) Zur Unhaltbarkeit dieser Rechtsansicht siehe S. 65

360) S. 17 ff

361) S. 24

362) Vgl. hierzu Richard Lange, Urteilsbesprechung S. 443, der aus der Gegenüberstellung der §§ 3, 4 und 7 lit. d und e zu ersehen glaubt, mit der PolVO habe auch der Absatz von Naturwässern gefördert werden sollen.

363) Polizeiverordnung S. 98 ; Rechtsgutachten S. 37

364) S. 45

365) S. 47 ; ebenfalls Schulz, S. 373

Rechtsüberzeugung unmittelbar aufgedrängt hätten, bevor man sie überhaupt begrifflich hätte erfassen können ". Dies sei die einzig mögliche Erklärung dafür, daß die Verordnung von 1945 bis 1951 von der Verwaltung und der Justiz nicht angewendet worden sei. Schulz ³⁶⁶⁾ und Schlippe ³⁶⁷⁾ bemerkten, daß eine strafbegründende Analogie, wie sie § 11 HWVO vorgesehen habe, mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar sei. ³⁶⁸⁾

Welcher der beiden Rechtsauffassungen der Vorzug gebührt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Das Ziel der Gegenüberstellung bestand allein darin, die allgemeinen Erkenntnisse über die Voraussetzungen der Entwicklung von derogierendem Gewohnheitsrecht deutlicher hervorzuheben. Einhellig gehen alle angeführten Rechtsauffassungen davon aus, daß auch im Bereiche des Strafrechtes die Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes nicht ausgeschlossen ist. Ebenfalls Übereinstimmung besteht darin, daß eine Jahre hindurch Gesetzeswidrigkeiten duldende Verwaltungspraxis bei den Rechtsunterworfenen die Ansicht hervorruft, die Behörden unterließen die Anwendung der formal noch bestehenden Strafvorschriften, weil sie diese als nicht mehr Rechtens ansähen. ³⁶⁹⁾ Diese Vermutung ist dann besonders naheliegend, wenn allgemein Bedenken bestehen, ob die Vorschriften den an jede Rechtsnorm zu stellenden Mindestanforderungen genügen. Wird dieser Rechtsstandpunkt zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, und werden die Strafnormen weiterhin in dieser Meinung übertreten, so steht einer Gewohnheitsrechtsbildung nichts mehr im Wege.

366) a. a. O.

367) S. 78

368) Während der Großteil der Gerichte die Rechtsauffassung des BGH teilte, -Hanseat. OLG Bremen, 3.10.51, Fachvereinigung Heft 4, S. 34; OLG Schleswig, 24.10.51, a. a. O. ; OLG Celle, 14.11.51, Ss 168/51, unveröffentlicht; VerwGH Bremen, 12.6.52, DAZ 52 - 823; BVerwG, 4.3.54, NJW 54 - 1133; -, vertrat das OLG Koblenz, 21.5.52, Ss 184/51, zit. in BGH St 5 - 13, die Ansicht, daß eine Bestrafung in den Fällen ausgeschlossen sei, in denen § 12 die Straferkenntnis an die Zustimmung des Präsidenten des Werberates gebunden habe. Ebenso, bezüglich § 9 HWVO; OLG Karlsruhe, 18.2.54, Ss 13/53 unveröffentlicht.

369) Vgl. oben S. 63f

Damit ist aber generell die Möglichkeit bejaht, daß die aus dem Verwaltungshandeln für die Rechtsgenossen erkennbar gewordene Rechtsauffassung der Verwaltung zur Anwendbarkeit von Strafrechtsnormen zur Gewohnheitsrechtsbildung beitragen kann. In Zeiten der politischen Umwälzung kann aus dem Verhalten der Verwaltungspraxis allerdings nicht in gleichem Maße auf die Rechtsüberzeugung der Behörden geschlossen werden wie in normalen Zeiten. In Krisenzeiten muß immer mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Organe des Staates aus tatsächlichen Gründen an einer Verfolgung von Gesetzesverstößen gehindert sind. Diese Erkenntnis bringt eine Ergänzung der erarbeiteten Voraussetzungen für die Gewohnheitsrechtsentwicklung. Der Inhalt der Rechtsüberzeugung muß beim derogierenden Gewohnheitsrecht eindeutig dahin gehen, daß die Rechtsnorm deshalb keine Anwendung mehr finden dürfe, weil ihr Inhalt rechtsstaatlichen Forderungen nicht genügt. Bloße Zweifel an der Vereinbarkeit der Strafrechtsnormen mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, einerlei ob sie bei den Rechtsgenossen oder bei den Verwaltungsbehörden vorliegen, können nicht zur Gewohnheitsrechtsbildung beitragen. ³⁷⁰⁾

In E 8 - 360 (361) hatte sich der 5. Strafsenat ebenfalls mit dem Problem zu befassen, ob die Geltung der HWVO durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben worden sei. Auch dieser Senat verneinte das Vorliegen einer desuetudo. Er stellte zur Begründung seiner Rechtsauffassung in erster Linie darauf ab, daß die Nichtanwendung von Strafnormen in einem Zeitraum von 5 Jahren nur eine vorübergehende Übung darstelle und aus diesem Grunde kein Gewohnheitsrecht habe entstehen können. Nur eine länger andauernde Übung, die auf einem allgemeinen Rechtsgeltungswillen beruhe, sei dazu in der Lage. Bezüglich der Nichtanwendung der Vorschriften der HWVO sei darüberhinaus zu beachten, daß der Zeitraum in die ersten Nachkriegsjahre gefallen sei, in denen sich aus der allgemeinen Verwirrung in Justiz und Verwaltung erst allmählich wieder geordnete Zustände entwickelt hätten. Unter Zugrundelegung dieser außerordentlichen Verhältnisse

370) Siehe oben S. 55

hätten keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgelegen, daß die Anwendung der Strafnormen durch die zuständigen Behörden in dem Bewußtsein unterblieben sei, damit einer allgemeinen Rechtsüberzeugung zu genügen.

Dem Urteil können zwei allgemeine Aussagen über die Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung entnommen werden : Auch bezüglich des Erfordernisses der Dauer der Übung ist zu unterscheiden, ob die Übung in Krisenzeiten der staatlichen Ordnung erfolgt, wie sie jeder politische Umschwung mit sich bringt, oder in normalen, ruhigen Zeiten des Staatslebens. Da in Zeiten der Verwirrung der Anwendung der Gesetzesnormen durch die Verwaltung auch tatsächliche Schwierigkeiten entgegenstehen können, muß man für die Annahme eines derogierenden Gewohnheitsrechtes verlangen, daß die Nichtanwendung sich über einen längeren Zeitraum erstrecke als in normalen Zeiten. Andernfalls ist der Schluß von der gleichförmigen Übung auf die zugrunde liegende Rechtsüberzeugung nicht zu rechtfertigen. Auch das sind Überlegungen, die eine Ergänzung der seither erarbeiteten Erkenntnisse darstellen. Wichtig sind ebenfalls die Ausführungen des Gerichtes, es müßten sichere Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, daß die Anwendung der Norm in dem Bewußtsein unterblieben sei, damit eine allgemeine Rechtsüberzeugung durchzusetzen. Unmißverständlich hebt hier das Gericht hervor, daß das Vorliegen einer Rechtsüberzeugung für die Entwicklung einer Gewohnheitsrechtsnorm konstitutiv ist und daß bloßes Nichtbefolgen eines Strafgesetzes noch nicht genügt. Hierin liegt eine Zustimmung zu den vorstehend gemachten Rechtsausführungen zu der sogenannten Dunkelzifferproblematik. ³⁷¹⁾

Der Sachverhalt der gleichfalls schon erwähnten Entscheidung BGH St 11 - 241 (254) veranlaßte den 2. Strafsenat auch zu der Untersuchung, ob der bis 1945 in Hessen unbestritten gültige strafrechtliche Rechtfertigungsgrund der Züchtigungsbefugnis durch eine desuetudo aufgehoben worden sei. Erst nach dem Zusammenbruche kam eine ernsthafte Diskussion über das Für

371) S. 27, 54 f

und Wider einer körperlichen Züchtigung auf. Besonders unter den Pädagogen entstand eine starke Strömung, die meinte, jede körperliche Strafe aus der Schule verbannen zu müssen, weil sie mit dem neuen Menschenbilde nicht vereinbar sei.

Unterstützung fand diese Ansicht durch den gleichfalls bereits genannten Erlaß des Hessischen Kultusministers vom 13. 5. 1946, der jede körperliche Strafe in der Schule untersagte. Dennoch beendete dieser Erlaß nicht die Diskussion um Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit einer maßvollen körperlichen Züchtigung in der Schule. Große Teile der Elternschaft hielten die Züchtigung weiterhin für zulässig, auch ein nicht unbedeutender Teil der Lehrer glaubte, ohne Züchtigungsbefugnis nicht auskommen zu können. Die Verwaltungsanordnungen oder Schulgesetze der übrigen Länder außer Berlin, das eine der hessischen Regelung entsprechende Weisung herausgab, ließen ein beschränktes Züchtigungsrecht zu. Nach Ansicht des 2. Strafsenates hat sich in Hessen kein den Rechtfertigungsgrund derogierendes Gewohnheitsrecht entwickelt. Das Gericht meinte, es bestehe keine allgemeine Rechtsüberzeugung, daß die Züchtigungsbefugnis des Lehrers mit den elementaren Rechtsgrundsätzen der Verfassung unvereinbar sei. Die von den obersten Schulbehörden erlassenen Verbote stellten allenfalls die Einleitung einer möglichen Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes dar. Die Diskussion um die Zweckmäßigkeit der körperlichen Strafe für die Erziehung des Schülers sei noch zu sehr im Flusse, als daß sich der Strafrichter zugunsten einer neueren Tendenz entscheiden dürfe.³⁷²⁾ Er müsse daher von der bisherigen Rechtslage ausgehen, die dem Lehrer die Befugnis eingeräumt habe, maßvoll zu züchtigen.

Der BGH geht davon aus, daß der gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgrund, wenn nicht durch förmliches Gesetz, so nur durch desuetudo außer Geltung gesetzt werden kann. Dieser Erkenntnis liegt der Satz der Rechtsquellenlehre zugrunde, daß das Gewohnheitsrecht die gleiche Bindungswirkung hat wie das Gesetzesrecht.³⁷³⁾ Damit wurde gleichzeitig gesagt, daß

372) S. 256 f

373) Siehe oben S. 28 f

das Gewohnheitsrecht, wenn es einmal entstanden ist, aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Rechtsleben eine ebenso selbständige Existenz führt wie das Gesetzesrecht. Es besteht unabhängig davon, ob die Rechtsüberzeugung, die das Gewohnheitsrecht ursprünglich getragen hat, sich bei einem Teil der Bevölkerung so geändert hat, daß der Gewohnheitsrechtssatz in einem späteren Zeitpunkt seiner Geltung nicht mehr Gegenstand der opinio necessitatis der überwiegenden Mehrheit der Rechtsgenossen ist. Insofern hat der BGH auch Krückmanns These vom Gewohnheitsrecht³⁷⁴⁾, das von einer stets aktuellen allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen sein müsse, widerlegt.³⁷⁵⁾ Nicht unbedeutend ist auch die Aussage des Senates, daß eine typische Verwaltungstätigkeit, nämlich der Erlass einer allgemeinen, das Verhalten nachgeordneter Beamter regelnden Verwaltungsanordnung bezüglich ihrer Stellungnahme zur Abwendbarkeit von Strafrechtsnormen eine Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes einleiten könne.³⁷⁶⁾ Dieser Rechtsansicht wurde noch in der ebenfalls zum Züchtigungsrecht ergangenen BGH Entscheidung E 6 - 268 mit erheblichen Bedenken begegnet. Diese rechtlichen Zweifel bezogen sich auf den Fall, daß Landesbehörden zur Anwendbarkeit von Strafrechtsnormen Stellung nahmen in Bereichen, in denen eine bundeseinheitliche Verwaltungsspitze fehlte. Hier kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß die Behörden bei ihren Ermessenssprüfungen zu unterschiedlichen Auffassungen gelangen. Infolgedessen wäre es denkbar, daß gewohnheitsrechtliche Strafnormen verschiedenen Inhaltes in den einzelnen Ländern zur Geltung kämen, obwohl das Strafgesetzbuch nur einheitliche Regelungen kennt. So hat der 5. Strafsenat in BGH St 6 - 268 aus diesem Grunde die Möglichkeit abgelehnt, daß Verwaltungsanordnungen oberster Landesbehörden zur Bildung einer desuetudo führen können. Das RG hat es in E 46 - 111 als zulässig angesehen, daß in den Ländern unterschiedliche

374) S. 16, 20

375) Siehe auch die Kritik an der allgemeinen Anerkennungstheorie des Rechts: " Das Recht muß auch dann gelten, wenn alle seinem Banne unterworfenen Rechtssubjekte traumlos schlafen ", -Husserl, S. 7

376) Vgl. S. 67

Regelungen zum Begriff des " jagdbaren Tieres " im Sinne des § 292 StGB bestanden. Es meinte, dem Prinzip der Einheitlichkeit des Strafrechtes sei schon dann in ausreichendem Maße Rechnung getragen, wenn das eigentliche Strafgesetz auf einheitlichem Reichsrecht beruhe. ³⁷⁷⁾ -

Diese für das Reichsrecht gemachten Ausführungen haben auch Gültigkeit für das heutige Bundesrecht. ³⁷⁸⁾ Da nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes die Bundesländer allein Träger der Kulturhoheit sind, können auch nur sie die Materien des Schulrechtes regeln. Die weit Überwiegende Mehrheit in der Literatur lehnt es ab, dem Bundesgesetzgeber eine Kompetenz zur Regelung des Zuchtungsrechtes deshalb zuzugestehen, weil die Wahrung der Strafrechtseinheit im Sinne des Art. 72 GG den Vorrang beanspruche. ³⁷⁹⁾ Zwar kann nicht bestritten werden, daß eine einheitliche Regelung zweckmäßig wäre, ein Zwang zu einer solchen Regelung unter dem Gesichtspunkt der Bedarfskompetenz liegt aber nicht vor. ³⁸⁰⁾ Daß die Länderbehörden auf der anderen Seite im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens bei einer noch strittigen Frage zu unterschiedlichen Anordnungen kommen können, ist rechtlich durchaus zulässig. Bedenken aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes bestehen gegen eine in den Ländern divergierende Regelung auch nicht. Die Organe eines Landes sind nur jeweils verpflichtet, in ihrem Zuständigkeitsbereich eine Ungleichbehandlung rechtlich gleicher Sachverhalte zu vermeiden. ³⁸¹⁾ - Nach Auffassung des BGH ist für eine Gewohnheits-

377) Ebenso Frank, S. 131 ; RG St 47 - 277

378) Stettner, S. 200 ; Bruns, S. 414

379) Vgl. u. a. Redelberger, Verantwortlichkeit S. 382 gegen Friebe, Überschreitung S. 174

380) Bruns, S. 414 ; Hellmuth Mayer, Zuchtungsrecht S. 471 ; Bundesrat Drucksache 270/60, S. 265 ; Entwurf eines StGB E 1960, mit Begründung ; Bundesrat Drucksache 200/62 Entwurf eines StGB E 1962, mit Begründung, Bundesratsvorlage Bonn 1962 ; Maunz-Dürig, Art. 70 Rdnr. 26 ; BVerfG E 3 - 407 (421)

381) Siehe BVerfG E 10 - 371

rechtsbildung letztlich entscheidend die Rechtsüberzeugung der Eltern und der Lehrer, die Rechtsauffassung der Schulverwaltung wird nur insofern berücksichtigt, als sie einen Hinweis auf die Rechtsüberzeugung der Mehrzahl der Lehrer geben könne. Die Lehrer stellen die " Aktivseite " dieser Befugnis dar, die Eltern die " Passivseite ", da durch die Einräumung des Züchtigungsrechtes in ihr Elternrecht eingegriffen wird.³⁸²⁾

Dem vierten Urteil des BGH lag in etwa der gleiche Sachverhalt zugrunde, nur daß es sich um das Züchtigungsrecht der Lehrer in Nordrhein-Westfalen handelte. Der 4. Strafsenat mußte erneut untersuchen, ob die seit 1945 auf die Abschaffung des Züchtigungsrechtes der Lehrer gerichteten Ministerialerlasse der Länder den gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund beseitigt hatten. Der Senat verwies darauf, daß die Ministerialerlasse nur in den Amtsblättern bekannt gemacht worden seien und damit schon mangels Verkündung keine Gesetzeskraft erlangt hätten.³⁸³⁾ Mit Ausnahme der Länder Hessen und Berlin seien die Erlasse zudem nur auf eine Beschränkung der körperlichen Züchtigung gerichtet gewesen. Eine auf die völlige Abschaffung des Züchtigungsrechtes gerichtete allgemeine Rechtsüberzeugung habe sich bis heute nicht gebildet. Maßgebend für die Entstehung solch neuen Gewohnheitsrechtes seien nicht nur die Bestrebungen der Erziehungsverwaltungen und der Pädagogen, sondern auch die Anschauungen in der Elternschaft. Gerade diese Kreise zögerten " in Anbetracht der in jüngerer Zeit vielfach zu bemerkenden Verwilderung der Jugend " mit der Anerkennung eines Verzichtes auf jegliche Züchtigungsbefugnis des Volksschullehrers.³⁸⁴⁾ Die vom 4. Strafsenat geäußerten Rechtsanschauungen über die Entwicklung des Gewohnheitsrechtes decken sich im wesentlichen mit denen des 2. Senates in dem vorangegangenen Urteil.

382) Siehe S. 22, 53 unten

383) Heckel-Seipp, S. 10

384) So auch Heckel-Seipp, S. 339 f

Zwei Punkte verdienen, nochmals hervorgehoben zu werden : Damit von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen gesprochen werden kann, muß eine inhaltlich gleiche Rechtsüberzeugung sowohl auf der " Aktivseite " wie auch auf der " Passivseite " vorhanden sein. Ebenso erwähnenswert ist die Feststellung des 4. Strafsenates, aus den Ministerialerlassen und den Bestrebungen der Erziehungsverwaltungen könnten keine sicheren Anhaltspunkte für das Vorliegen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen entnommen werden.³⁸⁵⁾ Diese Aussage scheint im Widerspruch zu der erwähnten Erkenntnis des 2. Senates³⁸⁶⁾ zu stehen, Anhaltspunkte für das Vorliegen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung ließen sich schon aus der Übung der Verwaltungsbehörden, der Gerichte und aus den in der Fachliteratur geäußerten Meinungen entnehmen. Hier handelt es sich aber gar nicht um einen echten Widerspruch, sondern die beiden Aussagen beziehen sich auf zwei unterschiedliche Situationen. Die Aussage des 2. Strafsenates bezog sich auf die Feststellung einer herrschenden Meinung über die Befugnis zur Züchtigung, die auch von der Verwaltungspraxis, der ständigen Rechtsprechung und der Fachliteratur geteilt wurde und die zu jener Zeit, vor 1945, nie ernsthaft bestritten wurde. Die Rechtsansicht des 4. Strafsenates ging von der nach 1945 bestehenden Lage aus, bei der ein heftiger Streit über die Züchtigungsbefugnis ausgebrochen war und in dessen Verlauf die Erziehungsbehörden, selbst gegen die überwiegende Rechtsüberzeugung, Stellung bezogen hatten. Im letztgenannten Fall hatten die obersten Verwaltungsbehörden mit ihren Stellungnahmen zu stark selbst Partei ergriffen, als daß sie die allgemeine Rechtsüberzeugung hätten wiedergeben können. Die soeben aufgezeigte Differenzierung bei der Bewertung der Stellungnahmen der Verwaltungspraxis bringt insofern eine Einschränkung der bisher erarbeiteten allgemeinen Erkenntnisse mit sich.³⁸⁷⁾

385) S. 456

386) BGH St 11 - 241 ff

387) Siehe S. 54

In dem fünften Urteil stellte sich für den 2. Strafsenat die Frage, ob eine die Strafvorschriften des Biersteuergesetzes ergänzende Rechtsverordnung, die die allgemein zulässige Verwendung von Zucker bei der Bierherstellung für Bayern einschränkte, durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt worden sei. Der rechtliche und tatsächliche Hintergrund des zu entscheidenden Falles war folgender : Das Biersteuergesetz vom 26. 7. 1918 war zwar Reichsgesetz, galt aber in den Reservatstaaten, zu denen Bayern gehörte, zunächst nicht. Erst durch den Eintritt Bayerns in die Biersteuergemeinschaft, der durch Gesetz vom 24. 7. 1919 erfolgte, (RGBl I, S. 599) erhielt das Biersteuergesetz auch in Bayern Geltung. In § 2 Abs. 2 der Beitrittsgesetzgebung war das Land zu Vorbehalten hinsichtlich des sogenannten strengen Reinheitsgebotes des Bieres ermächtigt worden. Die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen über die Biersteuer vom 29. 7. 1924 (GVBl S. 176) nutzte dieses Privileg aus und schloß die Vorschriften des Biersteuergesetzes über die Verwendung von Zucker bei der Bereitung obergärigen Bieres aus.³⁸⁸⁾ Obwohl Bayern damit die Weitergeltung des Reinheitsgebotes gesichert hatte, ist das Inverkehrbringen gesüßten, übergärigen Bieres, das außerhalb von Bayern hergestellt worden war, vor und nach dem Beitritt zur Biersteuergemeinschaft von den Behörden nicht beanstandet worden. Bezeichnend für diese Rechtsauffassung ist die Entschließung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen V 9158 - , vom 14. 7. 1943, worin ausdrücklich hervorgehoben wurde, daß die für Bayern geltende Sonderregelung nur das im Lande hergestellte Bier betreffe, nicht aber das Bier, das außerhalb zubereitet und nach Bayern eingeführt werde. In einem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 27. 5. 1949 an die Verwaltung für Finanzen des Vereinigten Wirtschaftsgebietes wurde diese Auffassung bestätigt.³⁸⁹⁾ Auch der Bundesfinanzhof hat in seinem Gutachten vom 23. 2. 1955³⁹⁰⁾ diese Meinung

388) BGH St 11 - 368 ff; Gutachten des BFH, vom 23. 2. 1955, BZBL 1955 - 265 (266)

389) BGH St a. a. O. , S. 376

390) BZBL 1955 - 265 ff .

vertreten. Auf der anderen Seite haben die Bekanntmachungen des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 8.7. 1954³⁹¹⁾ und vom 17.7. 1956³⁹²⁾ nie einen Zweifel daran aufkommen lassen, daß auch das Inverkehrbringen gesüßten obergärigen Bieres in Bayern verboten und damit strafbar sei.³⁹³⁾ Der BGH hat ausgeführt, daß der seit jeher bestehende, durch die Bekanntmachung vom 29.7. 1924 geregelte Rechtszustand, der auch das Inverkehrbringen gesüßten Bieres verbiete, nicht durch derogierendes Gewohnheitsrecht aufgehoben worden sei. Nach der Meinung des Gerichtes war die Dauer der Geltung des durch die Bekanntmachung geschaffenen Rechtszustandes zu kurz, als daß sich in dieser Zeit, selbst wenn alle anderen Voraussetzungen für die Gewohnheitsrechtsbildung vorgelegen hätten, eine *desuetudo* hätte bilden können.

Die verschiedenen Bekanntmachungen seien nur als unverbindliche Meinungsäußerungen der Behörden zur bestehenden Rechtslage anzusehen.

Überraschen muß die Begründung, mit der die Beseitigung des ursprünglichen Rechtszustandes durch die *desuetudo* ausgeschlossen wurde. Da die gerichtliche Entscheidung im Jahre 1958 ergangen ist, vertrat das Gericht die Auffassung, ein Zeitraum von 34 Jahren reiche nicht zur Entstehung eines derogierenden Gewohnheitsrechtes aus. Angesichts der Tatsache, daß gesüßtes Bier schon seit der Zeit vor 1924 ständig eingeführt worden ist, überzeugt die gegebene Begründung wenig. Wenn gegen Vorschriften 34 Jahre hindurch ständig verstoßen wird, ohne daß die Behörden dagegen vorgehen, dürfte das ein genügend langer Zeitraum sein, bei einem Außenstehenden die Rechtsauffassung aufkommen zu lassen, die Verwaltung teile eine der Gesetzesnorm entgegenstehende allgemeine Rechtsüberzeugung. Die Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechtes hätte im vorliegenden Falle nur daran scheitern können, daß die Behörden lediglich Zweifel an

391) Bayer. Staatsanzeiger vom 17.7. 1954

392) Bayer. Staatsanzeiger vom 28.7. 1956

393) BGH St a. a. O., S. 376 ; BFH a. a. O., S. 266

dem Umfange des Regelungsinhaltes, nicht aber die Rechtsauffassung hatten, das Inverkehrbringen gesüßten Bieres sei rechtmäßig.³⁹⁴⁾ Für diesen Fall wäre allerdings die Entwicklung eines derogierenden Gewohnheitsrechtes, das seinen Ausgangspunkt von der Verwaltungspraxis zu nehmen hatte, nicht möglich gewesen. Das Urteil bestätigt, daß Gewohnheitsrechtsbildungen auf außerstrafrechtlichen Gebieten ihre Auswirkungen auch im strafrechtlichen Bereiche haben können.

§ 26 Die gewohnheitsrechtliche Pflicht zum Tätigwerden beim
sogenannten unechten Unterlassungsdelikt

In der Entscheidung BGH St 2 - 150 (153) führte der 1. Strafsenat unter anderem aus, eine Rechtspflicht zum Tätigwerden beim unechten Unterlassungsdelikt könne auch auf Gewohnheitsrecht beruhen. Für die Entscheidung des konkreten Falles leitete das Gericht allerdings die Pflicht der Ehefrau, zur Verhinderung des Selbstmordes des Mannes tätig zu werden, aus der Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft ab (§ 1353 BGB).³⁹⁵⁾ Stellt man zunächst einmal die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die durch Gewohnheitsrecht begründete Pflicht zum Tätigwerden zurück³⁹⁶⁾, so kann auch aus diesem obiter dictum die Rechtsauffassung herausgelesen werden, das Gewohnheitsrecht sei eine echte Rechtsquelle. Denn nach heute unbestrittener Ansicht wird dem Täter bei dem unechten Unterlassungsdelikt nur die Verletzung von Rechtspflichten vorgeworfen³⁹⁷⁾, nicht der Verstoß gegen moralische oder soziale Pflichten, die von ihm u. U. ebenfalls ein Tätigwerden gefordert haben könnten.³⁹⁸⁾

394) Vgl. S. 55

395) Diese Frage ist sehr umstritten, Maurach, S. 526; BGH St 13 - 162 unter teilweiser Aufgabe des hier zitierten Urteils.

396) Hierzu wird anschließend auf S. 96 Stellung genommen.

397) U. a. Kohlrausch-Lange, Vorbem. II vor § 1 ; Nowakowski, S. 381 ; Maurach, S. 511 ; RG St 64 - 275

398) Zur Diskrepanz zwischen rechtlicher und sittlicher Pflicht siehe u. a. BGH St 7 - 271

3. Abschnitt : Die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im heutigen Strafrecht

§ 27 Die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes

1. Wurde im vorangegangenen gezeigt, daß von den Voraussetzungen her einer Bildung von strafrechtlichem Gewohnheitsrecht im Rechtsstaate der Bundesrepublik Deutschland im allgemeinen nichts entgegensteht, so gilt es nun darzulegen, welche Bedeutung dieser Rechtsquelle heute noch zukommt. Die Tatsache, daß der BGH bei der Behandlung des Gewohnheitsrechtes einige methodische Fehler machte und in der Mehrzahl der entschiedenen Fälle diese Rechtsart ablehnte, berechtigt noch nicht dazu, dieser Rechtsquelle jede Bedeutung im Strafrecht abzusprechen. Dennoch ist es kein Zufall, daß das höchste deutsche Gericht in Strafsachen seit seiner Gründung im Jahre 1950 erst in acht veröffentlichten Urteilen mit dem Gewohnheitsrecht befaßt wurde.

Unvereinbar mit dem Satze " nullum crimen, nulla poena sine lege " ist die von BGH St 2 - 150 in der Form des obiter dictums vertretene Rechtsansicht, die Pflicht zum Tätigwerden könne sich beim unechten Unterlassungsdelikt auch auf Gewohnheitsrecht gründen. In diesem Falle ist die heute allgemein als Tatbestandsmerkmal angesehene Garantenstellung des Täters nicht im Gesetze normiert und somit die Abgrenzung von strafbarem zu straffreiem Verhalten nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Rechtsprechung mit Unterstützung der Lehre vorgenommen worden. 399) 400)

399) Grünwald, Regelung S. 418 ; Hellmuth Mayer, Strafrecht S. 119 ; zu allgemeinen rechtsstaatlichen Bedenken gegen die unechten Unterlassungsdelikte Welzel, Strafrecht S. 183 ; einschränkend Schönke-Schröder, Vorbem. vor § 1 Rdnr. 100 ; Leipziger Komm., § 2 Anm. I, 20 ; Armin Kaufmann, Dogmatik S. 287. Die Bedenken werden verneint von Maurach, S. 510

400) Auch der Strafgesetzgeber ist sich dieser Problematik bewußt und bemüht sich um Abhilfe; siehe die in neuester Zeit geschaffenen echten Unterlassungsdelikte, §§ 138, 170a, 330 c, 360 Ziff. 8 StGB und Entwurf § 13 E 1962. Zu den Schwierigkeiten bei der Abfassung der Gesetzesnormen Armin Kaufmann, Dogmatik S. 287, 319 f; Noll, Gesetzestechnik S. 297 ; Dreher, S. 71 ff.

Aus diesem Grunde ist die in BGH St 2 - 150 (153) erwähnte Gewohnheitsrechtsbildung nicht zulässig. - Die in den Urteilen BGH St 5 - 12 und 19 - 357 erwähnten Gewohnheitsrechtsbildungen, die aus dem außerstrafrechtlichen Bereiche stammen, sind dagegen zulässig und unentbehrlich. Über ihre Bedeutung im allgemeinen kann aber aus der Sicht des Strafrechtes nichts gesagt werden. Die den außerstrafrechtlichen Materien entstammenden Begriffe werden in ihrer ursprünglichen Bedeutung übernommen ; infolgedessen schlagen sich im strafrechtlichen Raume auch alle Bedeutungswandlungen der Begriffe nieder, wozu auch die Gewohnheitsrechtsbildungen gehören. Diese Gewohnheitsrechtsentwicklungen haben aber andere Voraussetzungen zu erfüllen, weil im außerstrafrechtlichen Bereiche die sogenannte Garantiefunktion des Gesetzes nicht gilt. ⁴⁰¹⁾

Wenn der BGH in keinem der erwähnten Urteile das Vorliegen eines derogierenden Gewohnheitsrechtes angenommen hat, so darf auch daraus nicht gefolgert werden, diese Gewohnheitsrechtsart sei im heutigen Strafrecht zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken. Zum mindesten in dem in E 11 - 365 behandelten Fall des Biersteuergesetzes hätte man ein derogierendes Gewohnheitsrecht annehmen müssen, wenn man, wie offenbar das Gericht, an dem Vorhandensein einer opinio necessitatis keinen Zweifel hatte. Da eine materiell ungerechtfertigte Bestrafung sehr viel unerträglicher ist als eine Fehlentscheidung auf anderen Rechtsgebieten ⁴⁰²⁾, ist es im Strafrecht besonders wichtig, unzeitgemäße Strafvorschriften, die noch formell bestehen, außer Kraft zu setzen. ⁴⁰³⁾ Das einzige Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist neben dem Gesetz die desuetudo. Die Existenz einer Verwerfungskompetenz, wie des Bundesverfassungsgerichtes, macht das derogierende Gewohnheitsrecht nicht überflüssig. Eine Rechtsnorm kann

401) Maurach, S. 80 ; OLG Köln, NJW 51 - 974

402) Vgl. S. 36

403) Maurach, S. 82; Schwarz-Dreher, § 2 Anm. 1, 2 b; Rittler, Lehrbuch S. 25 ; Hafer, Lehrbuch S. 15, 16

schon durch derogierendes Gewohnheitsrecht aufgehoben werden, bevor sie so fehlerhaft wird, daß das Bundesverfassungsgericht sie wegen Verstoßes gegen die Verfassung aufheben könnte.⁴⁰⁴⁾

Sax⁴⁰⁵⁾ glaubt, auch ohne die Konstruktion des derogierenden Gewohnheitsrechtes zu befriedigenden Rechtsprechungsergebnissen gelangen zu können. Nach seiner Ansicht werden Vorschriften trotz formaler Geltung zwangsläufig unanwendbar, wenn das pönalisierte Verhalten infolge einer Veränderung der sozialen Lebensumstände gar nicht mehr "vollziehbar" ist.⁴⁰⁶⁾ Ein Außerkrafttreten durch gewohnheitsrechtliche Nichtanwendung scheitert in diesen Fällen schon daran, daß dafür ein bewußtes Unterlassen einer an sich möglichen Weiteranwendung vorausgesetzt werde. In dem davon zu unterscheidenden Falle, daß ein unter Strafe gestelltes Verhalten zwar

404) Siehe die Ergebnisse der demoskopischen Umfrage zum Gebot der Sonntagsheiligung, die in den Großstädten ausgereicht hätten, um das Vorliegen einer *opinio necessitatis* annehmen zu können, S. 113; vgl. auch Hesse, S. 210 f.: "Um der in der demokratischen Ordnung des GG begründeten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers willen decken sich die verfassungsrechtlichen Grenzen des Gesetzgebers nicht immer mit den Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Abgesehen davon darf das Verfassungsgericht nicht ohne weiteres seine Wertungen an die Stelle des Gesetzgebers setzen, zumal die Weite und die Unbestimmtheit der Kontrollmaßstäbe vielfach unterschiedlichen Wertungen Raum läßt. Daher ist es zur Zurückhaltung verpflichtet und kann dem Gesetzgeber nur bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit entgegentreten. Im Falle einer verfassungswidrigen Unterlassung des Gesetzgebers kann es nicht an die Stelle der Legislative treten". Ebenso BVerfG E 1 - 79 (100 f) ; 8 - 28 (36 f) ; 9 - 250 (255) ; 15 - 46 (75). A. A. Marcic, S. 247 f, der eine völlige Kontrolle der Gesetzgebung durch die Justiz fordert.

405) Grundsätze S. 1004

406) Hierunter will Sax die formell über die Notzeit hinaus bestehenden Kriegs- und Nachkriegswirtschaftsstrafbestimmungen verstanden wissen.

faktisch weiterhin durchführbar ist, die Tat aber angesichts " eines Wandels im Wertblick " nicht mehr als Verletzung anerkannter Werte empfunden werde, sei die Strafnorm verfassungswidrig geworden. Die zuletzt erwähnte Rechtsansicht beruht auf der bereits zitierten Grundauffassung des Autors ⁴⁰⁷⁾, daß jede Norm, die ein Verhalten unter Strafe stelle, das nicht " strafwürdig " sei, gegen das Grundgesetz verstoße. Ähnliche Rechtsansichten herrschen bei einem Teil der Zivilrechtslehre vor. Ennecerus- Nipperdey ⁴⁰⁸⁾ geben diese Ansicht zutreffend wieder, wenn sie ausführen, ein Rechtssatz, der kein Zeitgesetz sei, könne bisweilen auch ohne gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Aufhebung unwirksam werden, wenn die Verhältnisse, auf die er sich beziehe, oder unter denen er allein eine sinnvolle Regelung darstelle, für immer weggefallen, überholt seien, oder wenn man erkenne, daß sie gar nicht mehr vorkommen könnten (Hexengesetze). Ein Außerkrafttreten der Rechtsnorm erfolge aber nicht, wenn nur das Motiv oder die Veranlassung, die zur Aufstellung des Rechtssatzes geführt hätten, nachträglich weggefallen seien. ⁴⁰⁹⁾

Diese Rechtsauffassungen tragen den Forderungen der Rechtssicherheit zu wenig Rechnung. Besonders bezüglich der erstgenannten Normengruppe ist diesen Ansichten entgegenzuhalten, daß die Feststellung des Außerkrafttretens eine umfassende rechtliche Würdigung erfordert. Wenn man die Rechtsprechung zum derogierenden Gewohnheitsrecht hinsichtlich der Kriegsgesetze, die nicht Zeitgesetze waren, durchsieht, erkennt man, daß selbst die Gerichte erhebliche Schwierigkeiten hatten bei der Untersuchung, ob eine Norm obsolet geworden ist. ⁴¹⁰⁾ Für den juristischen Laien ist es durchaus nicht ohne weiteres feststellbar, ob " das pönalisierte Verhalten noch weiter vollziehbar ist oder nicht " . ⁴¹¹⁾ Auch bezüglich der zweiten

407) S. 37 Fußn. 176, S. 41 Fußn. 193 f.

408) S. 288

409) Ebenso Lehmann- Hübner, S. 29; Heinrich Lange, S. 47 f; Jagusch, S. 295 ; Raape, S. 544

410) OGH St 1 - 63, 353; 2 - 259 ; insbes. OLG Köln NJW 51 - 974

411) Vgl. Sax, Grundsätze S. 1004

Nomengruppe lassen sich schwerlich eindeutige Kriterien dafür finden, wann ein Unrecht " strafwürdig " ist und wann es dies nicht mehr ist. Fernerhin muß zweifelhaft sein, ob man dann, wenn ein Verhalten " nicht mehr strafwürdig " ist, schon das dieses Verhalten unter Strafe stellende Gesetz als verfassungswidrig und damit ungültig ansehen muß. ⁴¹²⁾ Enneccerus-Nipperdey ⁴¹³⁾ stimmen diesen Einwänden im Ergebnis zu, wenn sie gegenüber der erwähnten Theorie einräumen, daß die Grenzen, insbesondere bei Gesetzen, die für Kriegsverhältnisse erlassen wurden, flüchtig sein können. ⁴¹⁴⁾ Auch der bei den gleichen Autoren ⁴¹⁵⁾ gegebene Hinweis, daß die Praxis dazu neige, im Regelfall nur bei ausdrücklicher Aufhebung den Wegfall eines Gesetzes anzunehmen, gibt der hier vertretenen Rechtsauffassung Recht. ⁴¹⁶⁾ Für die *desuetudo* besteht in einem Rechtsstaate allerdings nur dort eine Entfaltungsmöglichkeit, wo der Gesetzgeber seiner Pflicht zur formellen Aufhebung der Gesetzesnorm unbewußt nicht nachkommt. ⁴¹⁷⁾ Aus diesen Gründen kann die *desuetudo*

412) Vgl. die Parallele im Verwaltungsrecht zwischen der Anfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes und seiner Nichtigkeit; siehe auch S. 98 Fußn. 404

413) S. 288

414) So auch die von Heinrich Lange geteilte Ansicht, der meint, S. 47, " man müsse mit der Annahme des dauernden Wegfalls der Grundlagen eines Gesetzes zurückhaltend sein, da eine Norm Jahre lang schlummern könne und erst dann wieder praktisch werden könne ".

415) S. 288

416) Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß die Lehre vom Wegfall der Grundlagen eines Gesetzes, - ausgenommen die Lehre von Sax - nur im Bereich des Zivilrechtes vertreten wird. BGH NJW 52 - 72 f, NJW 52 - 540 (541), NJW 53 - 339 (341)

417) Zur Pflicht des Gesetzgebers, unerträglich gewordene Gesetze formell aufzuheben, Hafter, Lehrbuch S. 15. Zu der dieser Pflicht entsprechenden, in einem Rechtsstaate selbstverständlichen Gesetzestreue der Rechtsgenossen OLG Köln, NJW 51 - 971 ; Maurach, S. 82. Handelt der Gesetzgeber bewußt dieser Pflicht zuwider, so verhält er sich verfassungswidrig. Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 32 a. E.

ihre eigentliche Bedeutung nur in Krisenzeiten des Rechtsstaates oder in Übergangszeiten erlangen.⁴¹⁸⁾ Die BGH-Entscheidungen, die außer dem erwähnten Urteil zum Biersteuergesetz zum derogierenden Gewohnheitsrecht Stellung nahmen, und die insofern zutreffende Ausführungen zu dieser Gewohnheitsrechtsart machten, bestätigen dies. Die beiden Urteile zu der HWVO hatten Rechtsvorschriften zum Gegenstand, die aus einer Zeit stammten, in der man sich über rechtsstaatliche Grundsätze allzu leicht hinwegsetzte und bei denen es infolgedessen zweifelhaft war, ob sie in einem Rechtsstaate weiter Bestand haben konnten. Bei den Urteilen zum Züchtigungsrecht des Lehrers mußte die Frage beantwortet werden, ob eine rechtliche Regelung auch in einem Staate weitergelten konnte, der von einem anderen Menschenbilde ausging. - Zuzugeben ist zwar, daß auch das Institut des derogierenden Gewohnheitsrechtes gewisse Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit mit sich bringt, da die Feststellbarkeit der desuetudo Schwierigkeiten bereiten kann; sie müssen aber hingenommen werden. Diese Einbußen sind weniger groß als bei der Lehre vom Wegfall der Grundlagen eines Gesetzes, denn dort mußte der einzelne Rechtsgenosse alleine herausfinden, ob die Norm noch weiterhin bestand oder nicht. Darüber hinaus ermöglicht die hier vertretene Lehre die Eingliederung der im Rechtsleben immer wieder zu beobachtenden Rechtserscheinung in eine Rechtsquellenlehre, daß nämlich eine Strafvorschrift auch außer Kraft treten können muß, ohne daß der Gesetzgeber tätig wird. Denn würde eine solche Möglichkeit nicht bestehen, so wären beispielsweise die österreichischen Gerichte heute nicht gehindert, den § 122 österreich. StGB wieder anzuwenden, der die Verbreitung von Unglauben unter Strafe stellt.^{419) 420)} Das gleiche gilt für die überholten Kriegs-

418) Siehe das Beispiel des Außerkrafttretens der Strafvorschriften der Kriegswirtschaftsgesetze, die keine Zeitgesetze waren. OLG Oldenburg, Ur. vom 4. 10. 1949, MDR 50 - 57 (58); Haff, S. 26, 27; RGZ 107 - 87

419) Erwähnt bei Rittler, Lehrbuch S. 25

420) Auf die gleiche Art dürfte früher die Vorschrift des § 97 des Zürcher StGB, die den Teilnehmer an einer Verbindung bestrafte, die dem Duell Vorschub leistete, außer Kraft getreten sein. Hafer, Lehrbuch S. 15, 16

wirtschaftsbestimmungen, die allein nach dem 1. Weltkriege auf 40.000 geschätzt wurden.^{421) 422)} - Bei den Rechtfertigungsgründen hat der BGH die Geltung von Gewohnheitsrecht in zwei Fällen bejaht und in einem Falle verneint. Obwohl alle drei Entscheidungen das Züchtigungsrecht des Lehrers zum Gegenstand haben, handelt es sich insofern nicht um eine Ausnahmeerscheinung bei den Gewohnheitsrechtsbildungen.⁴²³⁾ Auf dem Gebiete der Rechtfertigungsgründe kommt dem strafrechtlichen Gewohnheitsrecht auch in einem intakten Rechtsstaate die größte Bedeutung unter den Gewohnheitsrechtsarten zu. Diese Gewohnheitsrechtsbildungen verdanken ihre Entstehung einerseits dem Umstande, daß der Gesetzgeber wegen der in der menschlichen Natur liegenden Unzulänglichkeit oftmals nicht die Vielfältigkeit künftiger Rechtsentwicklungen überblicken kann, und andererseits der Tatsache, daß die Gerichte in Strafsachen bei ihren Entscheidungen bemüht sind, dem einzelnen Delinquenten möglichst gerecht zu werden.⁴²⁴⁾ Auch hier kann die Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichtes nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen, da die Gesetzesnorm nur auf einem Teilgebiet zu weit geraten ist und deshalb außer Kraft gesetzt werden muß.⁴²⁵⁾ Auch hier garantiert die Annahme einer Gewohnheitsrechtsbildung eine allen rechtlichen Interessen Rechnung tragende Lösung. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht beschreibt den tatsächlichen Vorgang der Urteilsfindung durch die Gerichte zutreffender, als dies mit einer Berufung auf einen bestimmten Fall des

421) Maurach, S. 82; Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 26

422) Vgl. auch die tatsächliche Entwicklung der Anwendbarkeit der HWVO von 1945 - 1951, bei der sich die Annahme des Vorliegens des derozierenden Gewohnheitsrechtes geradezu anbot.

423) U. a. Maurach, S. 255, der dem Gewohnheitsrecht in diesem Bereiche die gleiche Bedeutung einräumt wie dem geschriebenen Recht.

424) Siehe oben S. 36, 42

425) Lehre von den uneigentlichen Lücken, S. 42

übergesetzlichen Notstandes oder der sozialen Adäquanz geschieht. In der Realität konstruieren die Gerichte nicht bei jeder Berufung auf die Fälle der Rechts- und Pflichtenkollision, wie sie aufgrund der gesetzlichen Vorschriften entsteht, den übergesetzlichen Notstand jedesmal neu, sondern sie wenden eine fertige, bindende Rechtsnorm an, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet hat. Diese Methode der Rechtsprechung vermeidet auch eine willkürliche Billigkeitsrechtsprechung.^{426) 427)} Ein solch bindender Rechtssatz kann aber nach der hier vertretenen Rechtsquellenlehre, wenn der Gesetzgeber selbst keine Regelung getroffen hat, nur eine Gewohnheitsrechtsnorm sein. Die Annahme einer Gewohnheitsrechtsbildung in den Fällen des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes hat – wenn die Voraussetzungen dazu erfüllt sind – außerdem den Vorteil gegenüber der Berufung auf Sätze des sogenannten Richterrechtes, daß die Rechtsgenossen voll darauf vertrauen können, daß der Richter den Rechtssatz anwenden werde. Würde man in diesem Bereich eine Gewohnheitsrechtsbildung verneinen, so ist nicht ersichtlich, wie man beispielsweise die Geltung des von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre noch immer bejahten Rechtfertigungsgrundes der körperlichen Züchtigung in der Schule im Rahmen einer allgemeinen Rechtsquellenlehre begründen könnte. Entsprechende Überlegungen haben auch für die Rechtfertigungsgründe zu gelten, die als Ausfluß der sozialen Adäquanz anzusehen sind.

Die Rechtsprechungspraxis zu den übergesetzlichen Schuldausschließungsgründen hat bisher nicht die Notwendigkeit der Bildung von Gewohnheitsrechtsnormen ergeben. Die Fälle der Schuldausschließungsgründe traten so vereinzelt auf, daß kein Bedürfnis für die generelle und abstrakte Normierung einer bestimmten Fallgruppe entstand. Der Grund für diese Erscheinung ist einmal darin zu suchen, daß sich die gesetzliche Regelung mit ihren General-

426) Vgl. die Parallele zum Richterrecht, für das ähnliche Überlegungen zu gelten haben, Reimer Schmidt, S. 396

427) Generell wird diese Bedeutung des Gewohnheitsrechtes bejaht von Schwarz- Dreher, vor § 1 Anm. B II, 1 ; Schönke-Schröder, § 2 Rdnr. 27

klauseln als erschöpfend erwiesen hat, und zum anderen in dem Umstande, daß die bei der Erörterung der Schuldfrage vom Richter anzustellenden Überlegungen so sehr an dem Einzelfall orientiert sind, daß eine generalisierende Einteilung dieser Gedankengänge, die als Voraussetzung für die Bildung einer *opinio necessitatis* erforderlich gewesen wäre, ebenso schwierig ist wie bei der Strafzumessung. ⁴²⁸⁾

2. Zusammenfassung : Trotz der Schwierigkeit der Feststellbarkeit und der allgemein geringen Bedeutung im augenblicklichen Rechtszustande der Bundesrepublik Deutschland kann auf die Rechtsfigur des Gewohnheitsrechtes im Strafrecht nicht verzichtet werden. ⁴²⁹⁾ Das Gewohnheitsrecht ist nur so lange unbedeutend, als ein perfekter Gesetzgeber sofort tätig wird, wenn ein Regelungsbedürfnis oder die Notwendigkeit des Außerkrafttretens von Rechtssätzen auftritt und eine gute Rechtsprechung bemüht ist, kleine Unebenheiten bei der Anwendung des Gesetzeswortlautes mit einer teleologischen und zeitnahen Auslegung zu egalisieren. Das Gewohnheitsrecht ist ein "Instrument", das wegen der Möglichkeit des Versagens von Gesetzgebung oder Rechtsprechung nicht als Rechtsquelle verleugnet werden darf, das aber bei einem intakten Rechtsstaate nur in Einzelfällen Bedeutung erlangen kann.

428) Vgl. oben S. 56 f

429) Ebenso Meyer-Ladewig, Satz S. 263 ; Reimer Schmidt, insbes. S. 397 ; ähnlich, allerdings für einen weiteren Gewohnheitsrechtsbegriff, Maurach, S. 81 ; Leipziger Komm., § 2 Anm. 1, 2.

Anhang

§ 28 Demoskopische Untersuchungen zur Gewohnheitsrechtsbildung

Zur Verifizierung einiger hier vertretenen Thesen sowie zur Verdeutlichung des Wertes der demoskopischen Untersuchungen für die Feststellung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen werden die Ergebnisse von drei Umfragen angefügt, die das Institut für Demoskopie in Allensbach, zum Teil sogar eigens für die vorliegende Arbeit, im Sommer des Jahres 1964 und im Herbst 1966 in einer repräsentativen Umfrage ermittelte. ⁴³⁰⁾

1. Zur Strafbarkeit der schweren Kuppelei beim Geschlechtsverkehr unter Verlobten

Wir hatten ⁴³¹⁾ gesehen, daß Begriffe der Sittlichkeit nur insoweit zur Ausfüllung von Tatbestandsmerkmalen verwendet werden dürfen, als sie Gemeingut der in der Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossenen Menschen sind. Von diesem Gesichtspunkt gingen auch die Kritiker der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur schweren Kuppelei beim Geschlechtsverkehr unter Verlobten aus. ⁴³²⁾

In BGH St 6 - 4 ff, 147 ff; 17 - 230 ff hat das Gericht in dem Dulden des Verkehrs in der elterlichen Wohnung ein " Vorschubleisten zur Unzucht " von seiten der Eltern gesehen. Nach der Eindeutigkeit und Einmütigkeit der Kritik an dieser Rechtsprechung hätte man erwarten sollen, daß der überwiegende Teil der Bevölkerung der Bundesrepublik den geschlechtlichen Verkehr unter Verlobten nicht mehr als Verstoß gegen die sittliche Zucht ansieht und daß er erst recht eine Bestrafung der Eltern wegen schwerer Kuppelei ablehnt. Die demoskopische Umfrage vom Herbst 1966 ergab aber, daß auch heute noch die Bevölkerung der Bundesrepublik in ihrer überwiegenden Zahl den Geschlechtsverkehr unter Verlobten als eine Verletzung der Normen

430) Zu den Möglichkeiten der Demoskopie Noelle, S. 252

431) S. 12

432) Vgl. u. a. Henkel, Einführung S. 148 f; Kohlrausch-Lange, § 180 Anm. III; Sax, Frage S. 474; Jescheck, Frage S. 665, Schwarz-Dreher, § 180 Anm. 2 B

der Sittlichkeit ansieht, wie es den Anschauungen der christlichen Religion entspricht. Auf die Frage : " Wenn eine Mutter erlaubt, daß ihr Sohn seine Braut bei sich in seinem Zimmer übernachten läßt, macht sie sich damit strafbar oder nicht strafbar ? ", wurden folgende Ergebnisse ermittelt :

STRAFBAR	75,5 %
NICHT STRAFBAR	10,5 %
WEIß NICHT	11,9 %
KEINE ANTWORT	2,1 %

Bei der Beantwortung der Frage spielten die Religionszugehörigkeit keine ausschlaggebende Rolle. Dies beweist die Aufgliederung der Befragten nach Konfessionen :

	Strafb.	Nicht strafb.	Weiß nicht	Keine Antw.
Protestanten	73,1 %	11,6 %	13,6 %	1,7 %
Katholiken	79,5 %	9,2 %	8,3 %	3,0 %
Andere und Konfessionslose	66,6 %	8,4 %	25,0 %	-----

Im Rahmen einer die Umfrage auswertenden Stellungnahme wird man somit sagen können - selbst wenn man die möglichen Fehlerquellen einer solchen Untersuchung berücksichtigt-, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung der billig und gerecht denkenden Rechtsgenossen in der Bundesrepublik dahingeht, daß eine Mutter sich strafbar macht, wenn sie zuläßt, daß ihr Sohn seine Verlobte bei sich übernachten läßt. Das vorliegende Ergebnis dürfte beweisen, daß Normen der Hochethik so im Volke verwurzelt sein können, daß sie in das allgemeine Rechtsbewußtsein Eingang gefunden haben. ⁴³³⁾

Die Richtigkeit dieser Erkenntnis wird auch durch die zweite Umfrage zum gleichen Thema belegt. - Dort lautete die Frage : " Wenn eine Vermieterin

433) S. 12

erlaubt, daß ihr Mieter seine Freundin bei sich im Zimmer übernachten läßt, macht sie sich strafbar oder nicht strafbar ? ". -

Hier hätte man vermuten können, daß die Befragten sich " liberaler " als bei Frage 1 zeigen würden, besteht doch eine stärkere Pflicht der Eltern, sich um das Verhalten der Kinder zu sorgen, als der Vermieterin gegenüber dem Mieter.

STRAFBAR	76,5 %
NICHT STRAFBAR	13,1 %
WEIß NICHT	9,2 %
KEINE ANTWORT	1,2 %

Da es sich ebenso um eine die Sittlichkeit betreffende Frage handelte, wurden die Antworten der Befragten gleichfalls nach Konfessionszugehörigkeit aufgespalten :

	Strafb.	Nicht strafb.	Weiß nicht	Keine Antw.
Protestanten	77,2 %	13,1 %	8,4 %	1,3 %
Katholiken	74,0 %	13,7 %	11,2 %	1,1 %
Andere und Konfessionslose	91,6 %	5,6 %	2,8 %	-----

Auch diese Umfrage zeigt, daß die Auffassung, die Vermieterin mache sich strafbar, wenn sie es dulde, daß ein unverheirateter Mann mit seiner Freundin in dem gemieteten Raum übernachte, nicht die Meinung einer ethisch hochstehenden Minderheit ist, sondern daß die überwiegende Mehrheit der Rechtsgenossen diese Auffassung teilt . - Die Ansicht des BGH zur schweren Kuppelei beim Geschlechtsverkehr unter Verlobten entspricht demnach der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen in der Bundesrepublik.

Die beiden anderen Beispiele befassen sich mit möglichen Anfangsentwicklungen eines derogierenden Gewohnheitsrechtes, und zwar Beispiel 2 eines einem Rechtfertigungsgrund entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes und Beispiel 3 eines eine Strafnorm aufhebenden Gewohnheitsrechtes.

2. Zur Strafbarkeit der körperlichen Züchtigung in der Schule

a) Bei dieser Umfrage, die ebenfalls im Herbst 1966 vorgenommen wurde, sollte erkundet werden, wie die Rechtsunterworfenen über den von der Rechtsprechung angenommenen Rechtfertigungsgrund der maßvollen körperlichen Züchtigung in der Schule denken. Hierbei unterschied man zwischen dem Schlagen mit dem Stock als dem stärkeren Eingriff in die körperliche Integrität, der wohl nicht in jedem Falle als angemessene körperliche Strafe anzusehen ist, und der leichteren Züchtigungsart, der Ohrfeige.

Frage 1 : " Wenn ein Lehrer ein Kind in der Schule mit dem Stock schlägt, macht er sich damit Ihrer Ansicht nach strafbar oder nicht strafbar ? ".

STRAFBAR	69,5 %
NICHT STRAFBAR	22,5 %
WEIß NICHT	7,4 %
KEINE ANTWORT	0,6 %

Frage 2 : " Wenn ein Lehrer einem Kind in der Schule eine Ohrfeige gibt, macht er sich damit Ihrer Ansicht nach strafbar oder nicht strafbar ? ".

STRAFBAR	49,5 %
NICHT STRAFBAR	38,4 %
WEIß NICHT	11,0 %
KEINE ANTWORT	1,1 %

Zeigte die erste deskriptive Untersuchung, daß man wohl von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung ausgehen kann, daß das Schlagen mit dem Stocke in der Schule vom Strafrecht verboten ist, so hat die 2. Umfrage deutlich herausgestellt, daß die Auffassung, auch die Erteilung einer Ohrfeige sei für den Lehrer strafbar, durchaus noch nicht als herrschend angesehen werden kann. Da wir wissen, daß zur Aufhebung eines Rechtfertigungsgrundes durch *desuetudo* die überwiegende Mehrheit der Rechtsgenossen der Überzeugung sein muß, der Rechtfertigungsgrund lasse sich mit rechtlichen Grundsätzen nicht vereinbaren, reicht ein Prozentsatz

von 49,5 noch nicht zur Begründung aufhebenden Gewohnheitsrechtes aus. Dieser Prozentsatz entspricht vielmehr der in der Rechtsprechung immer wieder angeführten Situation, daß Streit darüber herrsche, ob jede körperliche Züchtigung auch vom Strafrecht her verboten sein solle.

b) Zur Ermittlung der von uns vertretenen Rechtsauffassung, eine Verwaltungsanordnung sei im besonderen Maße geeignet, zu einer Weiterentwicklung bestehenden Gewohnheitsrechtes oder zu einer Neubildung beizutragen, werden die bereits unter 1 behandelten demoskopischen Unterlagen nach Länderzugehörigkeit aufgespalten, da die Länder in den Verwaltungsanordnungen der Schulbehörden zum Züchtigungsrecht teilweise gegensätzliche Auffassungen vertreten haben. Nur die Unterrichtsverwaltungen in Hessen und Berlin haben, wie wir wissen, jede Art der körperlichen Züchtigung verboten, in den Erlassen der übrigen Bundesländer wurde die Strafe der körperlichen Züchtigung lediglich auf Ausnahmefälle beschränkt. ⁴³⁴⁾

Bei der Darstellung der Ergebnisse der Umfragen in den einzelnen Ländern werden die Antworten zu Frage 1 und 2 jeweils gegenübergestellt:

434) Heckel- Seipp, S. 339 ; Landmann, F. A. Z. vom 25. 6. 1966

	Strafbar		Nicht strafbar		Weiß nicht		Keine Antwort	
	1. Frage	2. Frage	1. Frage	2. Frage	1. Frage	2. Frage	1. Frage	2. Frage
Baden-Württ.	68,6 %	47,0 %	23,1 %	38,6 %	7,1 %	12,8 %	1,2 %	2,6 %
Bayern	75,7 %	41,3 %	16,7 %	45,6 %	6,5 %	10,9 %	1,1 %	2,2 %
Berlin West	89,0 %	65,0 %	---	10,0 %	11,0 %	25,0 %	---	---
Hamburg/Bremen	71,0 %	38,1 %	22,8 %	43,0 %	6,2 %	16,6 %	---	2,3 %
Hessen	78,0 %	58,2 %	15,1 %	37,2 %	6,9 %	4,6 %	---	---
Niedersachsen	60,6 %	36,1 %	32,8 %	47,5 %	6,6 %	14,8 %	---	1,6 %
Nordrhein-Westfalen	66,4 %	57,8 %	24,7 %	33,4 %	8,9 %	8,5 %	---	0,3 %
Rheinland Pfalz Saar	60,8 %	47,6 %	31,1 %	42,7 %	8,1 %	8,7 %	---	1,0 %
Schleswig-Holstein	72,0 %	46,5 %	20,3 %	39,3 %	6,2 %	14,2 %	1,5 %	---

Eine Analyse der Umfragen ergibt, daß tatsächlich in den Ländern Berlin und Hessen die meisten Befragten sich für die Strafbarkeit von Stockschlägen wie auch von Ohrfeigen aussprachen, wenngleich in Nordrhein-Westfalen die Befürworter der Bestrafung eines Lehrers für eine Ohrfeige annähernd den Prozentsatz der Befürworter in Hessen erreichten. Trotz dieses Umstandes liegt die Vermutung nahe, daß in den Ländern Berlin und Hessen die strengerer Verwaltungsanordnungen mit dazu beigetragen haben, strengere Rechtsüberzeugungen der Rechtsgenossen zu bilden. Ein Beweis dafür sind nicht zuletzt die deutlicheren Prozentzahlen bei der Umfrage bezüglich der Stockschläge. Daß die Verwaltungsanordnungen sich nicht noch deutlicher in den demoskopischen Ergebnissen niedergeschlagen haben, liegt wohl daran, daß es sich hier um eine repräsentative Bevölkerungsumfrage handelt und man durchaus nicht davon ausgehen kann, daß die internen Verwaltungsanordnungen jedem Rechtsgenossen bekannt sind.

3. Zur Strafbarkeit der Übertretung betreffend das Verbot der Sonntagsarbeit

Der Schutz der Ruhe an Sonn- und Feiertagen wird in landesrechtlichen Vorschriften geregelt. ⁴³⁵⁾ - Ein Verstoß gegen dieses Gebot, worunter

435) § 366 Nr. 1 StGB, z. B. i. V. m. Hess. Gesetz über die Sonn- und Feiertage vom 17. 9. 1952, GVBL. S. 145 oder i. V. m. Landesverordnung über den Schutz der Sonn- und Feiertage vom 19. 6. 1950, i. d. F. v. 26. 4. 1961, GVBL. S. 115, von Rheinland-Pfalz. Beide Regelungen entsprechen sich inhaltsmäßig weitgehend. Hess. Gesetz, § 6 Abs. 1 :

An den gesetzlichen Feiertagen und Sonntagen sind Arbeiten verboten, die geeignet sind, die äußere Ruhe des Tages zu beeinträchtigen, sofern die Ausübung nicht nach Bundes- und Landesrecht besonders zugelassen ist.

Abs. 2 : Dieses Verbot gilt nicht

(c) für Arbeiten im Hause oder in der Landwirtschaft, die nicht aufgeschoben werden können, sowie für unaufschiebbare Arbeiten, die zur Abwendung eines erheblichen Schadens an Gesundheit oder Eigentum, im Interesse der öffentlichen Einrichtungen oder Anstalten oder zur Verhütung eines Notstandes, zur Vorbereitung der am folgenden Tage stattfindenden Märkte oder in Industriebetrieben zur Gewährleistung der Fortführung der nach Lage der Dinge bei den üblichen Arbeiten erforderlich sind.

(d) für leichtere Arbeiten in Haus und Garten, die von den Besitzern selbst oder ihren Angehörigen ausgeführt werden, es sei denn, daß hierdurch eine unmittelbare Störung des Gottesdienstes eintritt.

u. a. die schwerere Gartenarbeit fällt, wird mit Strafe bis zu 150 DM oder mit Haft bis 14 Tage geahndet.

Bei der Ende Juni 1964 angestellten demoskopischen Untersuchung zu der Frage, ob die Sonntagsarbeit entgegen den strafrechtlichen Vorschriften nach der Meinung der Rechtsgenossen nicht mehr bestraft werden sollte, sollte herausgefunden werden, ob sich eine der Gesetzesregelung entgegenstehende Rechtsüberzeugung bei der Mehrzahl der Bevölkerung gebildet hatte.

Frage : " Von Ausnahmen abgesehen gilt ja bei uns, wie in vielen anderen Ländern der Grundsatz, daß am Sonntag nicht gearbeitet werden soll. Es ist sogar so, daß man bestraft werden kann, wenn man arbeitet. Was ist ihre persönliche Meinung : Wenn jemand am Sonntag in seinem Garten umgraben oder Sträucher pflanzen will- soll das erlaubt sein oder soll das bestraft werden ? ".

ERLAUBT SEIN	69 %
BESTRAFT WERDEN	25 %
KOMMT DARAUF AN, ⁴³⁶⁾	2 %
OB NOTFALLS EINE DRINGENDE ARBEIT VORLIEGT	
ANDERE ANGABEN ⁴³⁷⁾	4 %

436) x ¹⁾ Es wurde gesagt : " Wenn ein Gewitter kommt, muß man Heu auch am Sonntag einfahren ". - " Wenn Notwendigkeit zur Arbeit vorliegt, darf nicht bestraft werden ".

437) x ²⁾ Es wurde gesagt : " Als Ausgleich sollte Sonntagsarbeit erlaubt sein ". - " Es kommt auf den Beruf, auf die Lage des Gartens an ". - " Ich bin nicht dafür, daß man am Sonntag arbeitet, aber für Strafen bin ich auch nicht ".

Aufgliederung nach Stadt und Land :

	Erlaubt sein	Bestraft werden	Kommt darauf an	Andere Angaben
Dörfer	54 %	38 %	3 %	5 %
Kleinstädte	61 %	33 %	2 %	4 %
Mittelstädte	69 %	24 %	2 %	5 %
Großstädte	84 %	13 %	1 %	2 %

Der Prozentsatz der Bevölkerung, die Gartenarbeit in Widerspruch zu den gesetzlichen Vorschriften für erlaubt hält, ist zu gering, als daß man von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen sprechen könnte, die zur Bildung derogierenden Gewohnheitsrechtes unserer Auffassung nach führen könnte, insbesondere auch deshalb, weil es sich um einen im Volksbewußtsein tief eingewurzelten Normsatz handelt. ⁴³⁸⁾ Wäre die Rechtsmeinung zu diesem Punkte, wie sie offenbar in den Großstädten herrscht, repräsentativ für die Gesamtbevölkerung der Bundesrepublik Deutschland, dann könnte das Ergebnis der Meinungsumfrage einen Hinweis auf das Vorliegen derogierenden Gewohnheitsrechtes geben. Das Ergebnis der demoskopischen Untersuchung hat ergeben, daß die allgemeine Meinung über die Strafwürdigkeit der Sonntagsarbeit geteilt ist. Eine Rechtsüberzeugung solchen Umfanges reicht noch nicht aus für die Annahme des Vorliegens eines derogierenden Gewohnheitsrechtes. Festzustellen ist lediglich, daß ein Meinungsstreit über die Strafwürdigkeit der Sonntagsarbeit besteht. Dieser Streit kann u. U. aber als Einleitung der Entwicklung eines derogierenden Gewohnheitsrechtssatzes angesehen werden. ⁴³⁹⁾

438) Zu dieser Frage siehe oben S. 56.

439) Vgl. S. 89

4. Zusammenfassung

Rückblickend läßt sich sagen, daß die in der theoretischen Erörterung zum derogierenden Gewohnheitsrecht von Strafnormen und von strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen gefundenen Erkenntnisse durch die demoskopischen Untersuchungen weitgehend bestätigt wurden.⁴⁴⁰⁾ Dabei ist der Vorwurf, es seien besonders gut übereinstimmende Ergebnisse in der vorliegenden Arbeit verwendet worden, nicht berechtigt. Zwar muß zugegeben werden, daß die demoskopischen Umfragen wahllos gestellt wurden. Dies hat aber seinen Grund darin, daß die Untersuchung notwendigerweise wegen des mit der Durchführung der Erhebung verbundenen Aufwandes sich auf eine geringe Zahl beschränken mußte und daß andererseits das Meinungsforschungsinstitut, das sich dankenswerterweise ohne eine finanzielle Beteiligung des Autors in den Dienst der Wissenschaft gestellt hat, verständlicherweise nur die Umfragen vornahm, die es auch für andere Zwecke auswerten konnte. Infolgedessen hat der Verfasser keinen Einfluß darauf gehabt, welche Fragen in den demoskopischen Umfragen gestellt wurden. Darüberhinaus haben die Untersuchungen gezeigt, daß die Demoskopie dem Richter wertvolle Hilfe leisten kann, wenn dieser vor die Aufgabe gestellt ist, zu erforschen, ob unter den Rechtsgenossen eine bestimmte *opinio necessitatis* vorherrscht oder nicht.

§ 29 Zeitschriftenübersicht aus der Deutschen Apothekerzeitung

Als Beispielsfall dafür, welches Interesse die Fachpresse den Verwaltungsentscheidungen im Verhältnis zu den einschlägigen Strafurteilen entgegenbringt, werden alle in der Zeit nach 1945 bis zum ausdrücklichen Außerkrafttreten der HWVO im Jahre 1964⁴⁴¹⁾ ergangenen Entscheidungen zur Frage der Weitergeltung der HWVO angeführt.

440) Siehe auch S. 21 ff

441) Aufgrund der im Arzneimittelgesetz vom 16. Mai 1961 (BGBl. I, S. 553) vorgesehenen Ermächtigung (§ 61) hat der Bundesminister des Inneren die HWVO förmlich durch VO vom 21. Juli 1961 (BGBl. I, S. 1106) mit Ablauf des 29. September 1964 außer Kraft treten lassen.

Bis 1950 nur ganz vereinzelte Beiträge zu der hier behandelten Frage.

Stellungnahmen und Entscheidungen :

-
- 1) SAZ 50-791, v. 6. 10. 1950:
Allg. Bericht, daß die Gesundheitsverwaltungen einiger Bundesländer der Ansicht sind, daß Verstöße gegen die Vorschriften der HWVO noch strafrechtlich zu verfolgen sind.
 - 2) DAZ 51-239, v. 6. 4. 1951:
Beschluß der BReg. bezügl. der sachl. Zuständigkeit f. Genehmigungen nach § 6 Abs. 2 HWVO
 - 3) DAZ 51-539:
Runderlaß d. Bad. Min. d. Innern v. 4. 6. 1951, Weisung an Landratsämter, Polizeidirektionen und Gesundheitsämter, Verstöße gegen die HWVO zu verfolgen.
 - 4) DAZ 51-594:
Erlaß d. Min. d. Innern, Abt. Gesundheitswesen, v. Rheinland-Pfalz v. 9. 7. 1951 -, ähnlichen Inhaltes
 - 5) DAZ 51-786:
Mitteilung des Innenmin. d. Landes Schleswig-Holstein über die vom BMin. d. L. eingenommene Rechtsansicht zur Weitergeltung der HWVO
 - 1) DAZ 52-124:
OLG Bremen v. 3. 10. 1951
OLG Celle v. 14. 11. 1951
 - 6) DAZ 52-132:
Konkrete Anweisung d. Innenmin. v. Nordrhein-Westfalen an Reg. Präs. in Arnsberg

- 7) DAZ 52-149:
Runderlaß d. Präsidenten d.
Landesbezirks Baden, Landes-
bezirksdirektion f. Innere
Verwaltung u. Arb. ; Anweisung
z. Strafverfolgung d. Ver-
stöße gegen die HWVO
- 8) DAZ 52-347:
Rundverfügung Nr. 128/52,
v. 16. 4. 1952, Reg. Bez.
Arnsberg
- 9) DAZ 52-615:
Bekanntmachung d. Bayer.
Staatsmin. d. Innern v.
12.7. 1952
- 10) DAZ 52-939:
Erlaß d. Hess. Min. d.
Innern v. 14. 11. 1952
- 11) DAZ 53-29:
Der Hess. Min. d. Inneren,
Öff. Gesundheitswesen, Erlaß
v. 18. 11. 1952
- 12) DAZ 53-31:
Sozialmin. d. Landes Nord-
rhein-Westfalen, v. 14. 11. 1952,
Einzelanweisung an Reg. Präs.
- 13) DAZ 53-322:
Sozialmin. d. Landes Nord-
rhein-Westfalen v. 23. 3. 53
Erlaß an Reg. Präs. in
Arnsberg
- 2) DAZ 52-264:
Verw. G. Bremen v. 28. 12. 51
- 3) DAZ 52-336:
OLG Schleswig v. 24. 10. 51
- 4) DAZ 52-823:
Verw. GH Bremen v.
12. 6. 1952
- 5) DAZ 52-982:
OLG Koblenz v. 21. 5. 1952
- 6) DAZ 53-33:
Verw. GH Stuttgart,
v. 30. 10. 52
- 7) DAZ 53-107:
OLG Tübingen v. 2. 12. 1952

- 14) DAZ 53-358
Sozialmin. d. Landes Nord-
rhein-Westfalen v. 13. 4. 53,
Erlaß an Reg. Präs. en.
- 15) DAZ 53-383:
Sozialmin. d. Landes Nord-
rhein-Westfalen v. 2. 4. 53
= Rundverfügung d. Reg. Präs.
in Arnsberg v. 30. 4. 1953,
Einzelanweisung
- 8) DAZ 53-853:
Beschl. d. BGH St v.
25. 6. 53 = BGH St 5-12 ff
- 16) DAZ 53-944:
Sozialmin. d. Landes Nord-
rhein-Westfalen v. 3. 11. 1953
Rundverfügung an die Reg. Präs. en.

Später erfolgen keine Beiträge mehr in der DAZ zu diesem Problem-
kreise.

LEBENS LAUF

Am 19. April 1940 wurde ich als Sohn des
Oberreg. Vermessungsrates Dipl. Ing. Albert Marx
und seiner Ehefrau Erna, geb. Blette, geboren.

Volksschule und Gymnasium absolvierte ich in
Limburg/Lahn. An Ostern 1960 bestand ich das
Abitur.

Nach einem neunsemestrigen Studium der Rechtswissen-
schaften in Freiburg i. Br., Mainz und München legte
ich die Erste juristische Staatsprüfung vor dem
Justizprüfungsamt des Landes Baden-Württemberg in
Freiburg i. Br. ab.

Ich stehe im Vorbereitungsdienst des Landes
Rheinland-Pfalz. Seit dem 2. Dezember 1966 bin
ich verheiratet.

Die mündliche Prüfung zur Promotion fand am
13. Dezember 1968 statt.

Limburg/Lahn, den 19. Dezember 1968

Hans-Albert Marx

